

THÈSE DE
PARIS.
1883.
N^o. 59.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DU DOL

DE SES EFFETS

DANS LA FORMATION DES CONTRATS

EN DROIT ROMAIN

ET EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Henri GÉRARD

Avocat à la Cour d'appel de Paris

PARIS

L. LAROSE ET FORCEL

Libraires-Éditeurs

22, RUE SOUFFLOT, 22

1883

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

IMPRIMERIE
CONTANT-LAGUERRE



BAR-LE-DUC

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DU DOL

DE SES EFFETS

DANS LA FORMATION DES CONTRATS

EN DROIT ROMAIN

ET EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu le Jeudi
21 Juin 1883, à deux heures et demie*

PAR

Henri GÉRARD

PRÉSIDENT : M. GÉRARDIN

SUFFRAGANTS	{	MM. VUATRIN	}	PROFESSEURS
		COLMET DE SANTERRE		
		BEAUREGARD	}	AGRÉGÉS
		MICHEL, LÉON		

*Le Candidat répondra en outre aux questions qui lui seront
faites sur les autres matières de l'enseignement*

PARIS

L. LAROSE ET FORCEL

Libraires-Éditeurs

22, RUE SOUFFLOT, 22

1883



DU DOL

DE SES EFFETS

DANS LA FORMATION DES CONTRATS

EN DROIT ROMAIN

ET EN DROIT FRANÇAIS.

PREMIÈRE PARTIE.

DU DOL D'APRÈS LES JURISCONSULTES.



SECTION I.

Qu'est-ce que le dol?



SOMMAIRE.

1. Difficultés que présente la définition du dol.
2. Définition d'Aquilius Gallus.
3. Critiques que Labéon lui adresse.
4. A. *Posse et sine dolo malo aliud agi aliud simulari.*
5. Du *dolus bonus*. Exemples.
6. Du dol toléré.
7. B. *Posse et sine simulatione id agi ut quis circumveniat.*
8. Le dol peut résulter d'une abstention.
9. Définition de Labéon.

1. La première question qui se pose au début d'une étude sur le dol, c'est celle de savoir ce qu'il faut entendre par cette expression. La réponse à donner n'est pas des plus faciles; la notion du dol est complexe, elle varie suivant l'époque que l'on considère, son extension devient plus considérable au fur et à mesure que le droit positif se rapproche de l'équité, cet idéal toujours poursuivi et jamais atteint. Ces raisons nous expliquent que

parmi les définitions laissées par les jurisconsultes, aucune n'est pleinement satisfaisante. A l'origine, le dol n'est pas puni; nous trouvons des traces de cette législation primitive à propos des contrats les plus anciens, les contrats de droit strict, jusque dans les Institutes de Justinien : « *Si metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus, stipulanti Titio promisisti quod non debueras, palam est jure civili te obligatum esse, et actio, qua intenditur dare te oportere, efficax est* ⁽¹⁾. » Le préteur, le droit civil lui-même corrigèrent bientôt ce que cette règle avait d'inique, mais ce premier progrès se limita aux actes juridiques. On peut appuyer cette allégation sur plusieurs arguments.

La première voie de répression que le préteur imagina contre le dol fut, comme nous nous efforcerons de le démontrer plus loin, l'*in integrum restitutio*. Au moyen de cette arme, le préteur s'appuyant sur son *imperium*, rescinde un acte valable, il replace les personnes qui y ont été parties, dans la même situation que si le fait dont l'une d'elles se plaint, ne s'était pas produit. Or, si ce recours se conçoit fort bien contre un acte juridique, contre une obligation contractée, une acceptilation, une adition d'hérédité, on ne peut comprendre son intervention dans le cas où le dol aura eu pour résultat un préjudice purement matériel, par exemple la mort d'un esclave. Fr. 18, p. 5, liv. 4, tit. 3.

On peut encore argumenter à l'appui de notre opinion des premières définitions du dol : « *Dolum Aquilius tum teneri putat cum aliud sit simulatum, aliud actum* ⁽²⁾. »

(1) Inst., p. 1, *De exceptionibus*, L. IV, t. 13.

(2) Cicéron, *De natura deorum*, L. 3, ch. xxx.

Il y a dol quand on fait une chose et quand on en simule une autre, c'est-à-dire quand on emploie des manœuvres afin d'engendrer l'erreur dans l'intelligence d'autrui pour l'amener à accomplir un acte volontaire. Cette définition ne comprend pas l'hypothèse où la victime du dol a été lésée par un acte auquel elle n'a pas concouru, par un fait matériel provenant d'un tiers. Ces quelques explications préliminaires suffisent pour faire comprendre à quelles difficultés les jurisconsultes devaient se heurter, en s'efforçant de renfermer dans une formule unique les hypothèses si diverses qu'embrasse le dol.

2. Nous trouvons au Digeste plusieurs définitions du dol; l'une d'elles nous est fournie par Ulpien qui l'attribue à Servius Sulpicius : *Dolum malum Servius quidem ita definit, machinationem quamdam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur* ⁽¹⁾. Ce jurisconsulte avait lui-même emprunté cette définition à Aquilius Gallus comme nous pouvons le constater par le témoignage de Cicéron : « *Nondum enim Aquilius collega et familiaris meus protulerat de dolo formulas, in quibus ipsis cum ex eo quæreretur, quid esset dolus malus respondebat : quum esset aliud simulatum aliud actum* ⁽²⁾. » Cette formule est reproduite presque littéralement par Paul dans ses *Sentences* ⁽³⁾; Servius la complète en y ajoutant ces mots : *alterius decipiendi causa*.

3. La définition d'Aquilius Gallus dont Cicéron avait admiré la justesse est critiquée par Labéon : *Labeo autem posse et sine simulatione id agi ut quis circum-*

(1) D., Fr. 1, p. 2, *De dolo malo*, 4, 3.

(2) *De officiis*, liv. III, ch. xiv.

(3) *Sent.*, liv. I, tit. 8, p. 4.

veniat : posse et sine dolo malo aliud agi aliud simulari, sicuti faciunt qui per ejusmodi dissimulationem deserviant, et tuentur vel sua vel aliena.

Les reproches que Labéon adresse à cette définition peuvent se résumer en deux propositions : il peut y avoir dol sans simulation, il peut y avoir simulation sans dol. La formule d'Aquilius Gallus est à la fois trop étroite et trop large, elle ne s'applique pas au tout défini, elle ne s'applique pas au seul défini. Nous allons examiner successivement ces critiques en en renversant l'ordre, et en montrant dans quelle mesure elles sont justifiées.

4. *Posse et sine dolo malo aliud agi aliud simulari.* Il n'y aura pas dol toutes les fois que l'on dissimule pour rendre un grand service et pour protéger ainsi ses intérêts ou ceux d'autrui. Une condition nécessaire pour que le droit positif réprime les manœuvres frauduleuses, c'est qu'elles aient eu pour résultat de frustrer quelqu'un, et cette idée n'est pas exprimée par le mot *decipere* qui n'implique pas l'intention de nuire (1). Le jurisconsulte Pédus fit droit à cette critique et remplaça *decipere* par *circumscribere* (Fr. 7, p. 9, *De Pactis*, II, 14). En résumé, le reproche de Labéon porte sur l'emploi d'une expression impropre, il s'attache au sens rigoureux des mots et cela ne doit pas nous étonner, si nous nous en rapportons à Aulu-Gelle qui nous dit « Qu'Antistius Labéon ne fut pas étranger aux arts libéraux, qu'il étudiait la grammaire, la dialectique, la littérature comparée, qu'il possédait à fond la racine et le sens exact des mots latins, et qu'il se servait surtout de cette dernière

(1) M. Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, p. 1046, note 1 (1^{re} édit.).

science pour éclaircir la plupart des difficultés du droit civil (1). »

5. Cette objection, à la rigueur admissible, contre la définition de Servius Sulpicius aurait pu être soulevée à bien plus forte raison contre la définition trop large d'Aquilius Gallus, qui s'appliquait aussi bien au *dolus bonus* qu'au *dolus malus*. L'expression *dolus* dans la langue primitive est en effet une *media vox*; isolée, elle signifie habileté, mais de même que les mots *gratia*, *honor*, *tempestas* prirent plus tard un sens favorable ou défavorable sans qualificatif (2), le mot *dolus* devint bientôt l'équivalent de *dolus malus*. Ce changement de sens est constaté par Aulu-Gelle et par Festus (3), il est également signalé au Digeste : « *Non fuit autem contentus prætor dolum dicere, sed adjecit malum quoniam veteres dolum etiam bonum dicebant, et pro solertia hoc nomen accipiebant, maxime si adversus hostem latronemve quis machinetur* (4). »

Quels exemples peut-on donner de ces tromperies honnêtes? L'un d'eux nous est fourni par Lucrèce. Un médecin pour déterminer un enfant à prendre un breuvage amer, enduit de miel les bords de la coupe. Ici il ne peut y avoir dol pour le législateur; le but que poursuit le médecin c'est la guérison de celui qu'il soigne; la base de la créance en indemnité, c'est-à-dire le préjudice causé manque absolument.

Dans une deuxième catégorie nous ferons rentrer les manœuvres que l'on emploie contre l'ennemi ou des bri-

(1) Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, L. XIII, ch. x, n° 1.

(2) Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, L. IX, ch. xii.

(3) Festus, au mot *dolus*.

(4) Fr. 1, p. 3, *De dolo malo*, 4, 3.

gands (1). Nous y comprendrons tous les stratagèmes dont usera le général pour tromper un adversaire sur ses forces, sur ses projets, les ruses de guerre par lesquelles il l'entraînera dans une embuscade.

On peut citer comme exemple fameux de ces habiletés chantées par les poètes, le cheval de bois au moyen duquel Ulysse triompha de la longue résistance de Troie.

Contre des brigands ou des pirates tous les moyens de lutte sont licites; la nécessité de la défense personnelle autorise même l'emploi de la violence, à plus forte raison la ruse est-elle légitime, car il n'est plus question de rapports de droits.

Les actes dont nous avons parlé jusqu'ici n'ont rien de juridique, mais des exemples de *doli boni* nous sont fournis par les jurisconsultes. Les détours que l'on emploie pour échapper à la raideur de la législation romaine peuvent rentrer dans cette classe, si le but que l'on poursuit est conforme à l'équité. Paul (2) nous en fournit la preuve. Un gérant d'affaires achète de bonne foi un bien qui appartient à un absent dont il administre la fortune; s'il reste dans son ignorance jusqu'à ce que l'usucapion soit accomplie, il n'a rien à se reprocher et il n'a rien à craindre. Supposons au contraire qu'il apprenne avant l'expiration des délais que l'absent est propriétaire du bien acheté, il ne pourra pas agir contre son vendeur à moins que celui-ci n'ait été de mauvaise foi, mais il devra faire en sorte qu'un tiers revendique au nom de l'absent; après l'éviction, il recourra en garantie. Cette habileté est non-seulement licite mais elle est imposée

(1) Même texte.

(2) Fr. 19, p. 3, *De neg. gestis*, 3, 5.

par Paul au gérant d'affaires : celui-ci en effet, s'il ne servait pas de l'arme que la procédure a mise à sa disposition, devrait indemniser l'absent de retour qui agirait par l'action *negotiorum gestorum directa*.

Nous pouvons signaler également dans le même ordre d'idées le Fr. 8, Inst. Just., liv. 4, tit. 1. Justinien suppose que l'esclave de Mœvius est sollicité par Titius de voler son maître, l'esclave avertit Mœvius, mais celui-ci désireux de surprendre Titius en flagrant délit, permet à son esclave de porter à Mœvius certains objets. Le texte donne au maître l'action *servi corrupti* et l'action *furti*. Nous voyons donc une habileté qui fait naître au profit de son auteur deux actions, c'est qu'ici Mœvius n'a fait que se défendre; il était à craindre en effet que Titius ne renouvelât ses tentatives avec plus de succès, auprès d'un esclave moins honnête.

6. A côté de ces habiletés dont la morale comme la législation peut admettre la légitimité, nous en voyons d'autres qui ne sont pas frappées par le droit positif. Ce sont les ruses que l'on emploie pour traiter aux conditions les plus favorables, ce sont les exagérations dont se rendent habituellement coupables les personnes qui contractent. Un vendeur vantera, par exemple, la continence, la frugalité, l'obéissance d'un esclave, et cependant il ne sera pas tenu d'indemniser l'acheteur si ces qualités n'existent pas : *sciendum tamen est, quædam etsi dixerit præstare eum non debere scilicet ea quæ ad nudam laudem servi pertinent* (1). Cette tolérance était exigée pour la sécurité des transactions; le peu d'importance du préjudice qui pouvait en résulter, rendait

(1) Fr. 19 pr. *De ædilitio edicto*, 21, 1. Voir également le Fr. 19, p. 3.

le plus souvent cette théorie peu dangereuse. Ne peut-on pas dire en outre, que la personne qui se laisse tromper par ces déclarations qui n'engagent pas, a péché par excès de confiance? Lorsqu'un contrat est sur le point de se nouer, deux intérêts se trouvent en présence, on joue au plus fin; dans cette lutte le prêteur n'a pas à intervenir à moins que l'une des parties n'appelle à son aide la fraude. Cette doctrine est formulée d'une façon générale par plusieurs textes : *Idem Pomponius ait, in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contractantibus se circumvenire* ⁽¹⁾. — *Quod venditor ut commendet dicit sic habendum quasi neque dictum neque promissum* ⁽²⁾. Les exemples du dol que nous venons de citer, rentrent dans ce qu'on a appelé en droit français le dol toléré. Doit-on dire que les Romains les classaient dans le *dolus bonus*? Nous ne le connaissons aucun texte qui permette de le soutenir; les jurisconsultes nous disent *licet, naturaliter concessum est*, c'est ici qu'il est bon de rappeler que la morale a un champ d'application plus vaste que le droit positif, et que bien des actes que le législateur tolère, par suite de nécessités pratiques, sont flétris par la conscience d'un honnête homme. Cicéron nous raconte dans le *De officiis* une anecdote, qui nous montre bien que tout ce qui est licite n'est pas honorable. Après une famine, un *magister navis* arrive à Rhodes, avec un chargement de blé; d'autres vaisseaux le suivent de près, il n'en dit rien et vend son blé un prix élevé. Cicéron blâme énergiquement le silence de ce commerçant avide. Nous n'avons pas à examiner

(1) Fr. 16, p. 4, *De minoribus*, 4, 4, Voir également Fr. 22, p. 3, liv. XIX, tit. 2.

(2) Fr. 37, D, *Dolo malo*, 4, 3.

si, comme le pense Pothier, les critiques du grand moraliste ne sont pas trop sévères, mais il y a une chose que l'on peut affirmer sans crainte d'afficher des scrupules exagérés, c'est que jamais les jurisconsultes n'ont pu voir là un *dolus bonus*, à moins que se plaçant au point de vue purement pratique, ils n'aient appelé *dolus bonus* ou dol toléré, tout dol qui n'était pas *malus*, c'est-à-dire illicite.

3. *Labeo autem posse et sine simulatione id agi ut quis circumveniat*. Il peut y avoir dol sans simulation, telle est la seconde critique que Labéon adresse à la définition d'Aquilius Gallus. Nous diviserons les hypothèses dans lesquelles le dol peut se produire en deux grandes catégories. Dans les unes, il est nécessaire que la victime ait prêté son concours à l'acte dommageable, dans les autres au contraire, le préjudice provient d'un fait auquel elle a été absolument étrangère. La participation de la personne lésée consistera par exemple dans un acte juridique; trompée par des manœuvres qui engendrent dans son esprit l'erreur, elle aura donné son consentement à un contrat, elle aura accepté ou répudié une hérédité. Le dol peut encore la déterminer à faire seule un acte matériel ⁽¹⁾, à détruire une maison. Dans ces différents cas, le plus souvent l'auteur du dol aura recours à la simulation, et la définition d'Aquilius Gallus sera exacte. Il est possible cependant qu'il appelle à son secours des procédés plus énergiques encore pour amener une personne à accomplir un acte qui lui sera préjudiciable; il lui inspirera de la crainte. Quand il y a crainte, il y a un dol aggravé : *Eum qui metum fecit et de dolo*

(1) Fr. 9, p. 2, *Quod metus causa*, 4, 2.

teneri certum est ⁽¹⁾. La personne lésée pourra à son choix se servir des voies réparatrices qui naissent de ces deux vices du consentement. Y a-t-il alors simulation? Non, car la simulation est incompatible avec l'idée de violence.

Dans une deuxième catégorie, nous comprendrons tous les cas où l'auteur du dol n'a pas besoin du concours de sa victime. La définition d'Aquilius Gallus n'embrasse pas ces hypothèses. Pourquoi en effet simuler? c'est pour exercer une certaine influence sur l'esprit d'une personne et l'amener ainsi à agir, et ici la victime du dol n'a pas à agir. Le dol se produit dans l'exécution d'une obligation, le débiteur par mauvaise foi contrevient sciemment aux charges que le contrat lui impose. Il a promis un esclave ou un fonds de terre, il livre l'esclave empoisonné ou le fonds appauvri par une constitution de servitude, par une dégradation matérielle ⁽²⁾. Le dol interviendra encore entre personnes qui ne sont unies par aucun lien de droit; Primus tue l'esclave que Secundus a promis par stipulation à Tertius, alors que cet esclave est encore entre les mains du promettant ⁽³⁾. Un testateur meurt après avoir déposé les tablettes de son testament chez un ami; celui-ci trompant sa confiance les détruit; il y a un dol dont peut se plaindre l'héritier institué.

S. Aux critiques de Labéon, on doit en ajouter une troisième. Des termes de la définition d'Ulpien, *cum aliud agitur aliud simulatur*, il semble bien résulter qu'une des conditions indispensables à l'existence du dol, c'est que les manœuvres consistent en un fait positif. Le dol

(1) Fr. 14, p. 13, Q. M. C., 4, 2. Voir également Fr. 4, p. 33, *De doli mali et metus exceptione*, 44, 4.

(2) Fr. 7, p. 3, *De dolo malo*, 4, 3.

(3) Fr. 18, p. 5, *De dolo malo*, 4, 3.

provient fréquemment d'une réticence ou d'une abstention. Pour qu'un fait négatif puisse ainsi tomber sous le coup de la loi, il faut que le dol qui en résulte se produise à l'occasion d'une relation de droit, soit qu'il ait eu pour objet de la faire naître, soit qu'il se manifeste au sujet d'une obligation préexistante; il faut en outre que le *vinculum juris* unisse l'auteur et la victime du dol.

Si la morale impose en effet à l'homme le devoir de venir au secours de son semblable dont la vie ou les intérêts sont menacés, le droit positif ne l'oblige pas à agir; il lui défend certains actes dangereux pour la société, il ne lui commande pas des actes utiles, quand même son abstention ne lui serait pas dictée par la crainte d'un péril ou par égoïsme, mais par malignité.

Si au contraire une réticence malhonnête se produit entre deux personnes obligées l'une envers l'autre, le législateur intervient.

Y a-t-il contradiction entre ces solutions dissemblables? Non, sans doute. Par cela seul en effet que deux individus ont consenti à être unis par un rapport de droit, ils ont tacitement promis d'être de bonne foi; le dol par réticence n'est plus alors un acte contraire à la morale qui échappe à la loi, c'est la violation d'une obligation contractuelle, accessoire de l'obligation principale dont elle n'est qu'une conséquence (1).

Le dol peut résulter d'un simple silence. Cicéron nous rapporte en effet que Caton d'Utique donna l'action de dol contre un certain Clodius qui, ayant reçu des augures l'ordre de démolir sa maison, s'était empressé de la ven-

(1) Cette obligation d'être de bonne foi n'existait pas à l'origine du moins, pour les contrats de droit strict.

dre. Cette doctrine est formulée d'une façon générale au Digeste : *Dolum malum a se abesse præstare venditor debet : qui non tantum in eo est qui fallendi causa obscure loquitur, sed etiam qui insidiose obscure dissimulat* ⁽¹⁾. De nombreux textes ne sont que des applications de cette règle ⁽²⁾.

Le Fr. 4 pr., *De doli mali et metus exceptione*, 44, 4, nous montre encore le dol conséquence d'une abstention. Un héritier hésite à accepter une succession, les créanciers se réunissent et lui donnent mandat de faire addition. Sans doute il sera héritier et à ce titre il sera tenu *in infinitum*, mais il pourra, après avoir payé, se faire indemniser par ses mandants du préjudice que l'exécution du contrat lui aura causé. En fait, si la demande des créanciers dépasse les forces de la succession, il leur opposera en compensation sa créance, au moyen d'une exception de dol. Un créancier ignoré se tait; après l'addition il agit contre l'héritier en lui réclamant l'intégralité de sa créance; il sera repoussé par une exception de dol.

Enfin nous voyons l'action de dol elle-même dont les Romains n'étaient pas prodigues, donnée contre une personne coupable de réticence. On me fait une donation dont l'objet est la chose d'autrui; je dépense sur ce bien des sommes importantes puis j'en suis évincé. En principe je n'aurai pas de recours contre le donateur, mais s'il a agi par dol, je pourrai le poursuivre par l'action *de dolo*.

§. Revenons à la définition de Labéon : *Itaque ipse sic definit dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam,*

(1) Fr. 43, p. 2, *De contr. empt.*, 48, 4.

(2) Fr. 41, p. 5, *De act. empti*, 49, 4. Voir ég. Fr. 35, p. 8, 48, 4.

machinationem ad circumveniendum, fallendum decipiendum alterum adhibitam; Labeonis definitio vera est. Cette définition est exacte, elle échappe absolument aux deux critiques qu'avait fait naître la définition d'Aquilius Gallus, mais en résulte-t-il que le dol peut consister en une abstention? Nous le croyons, car les mots *fallacia* et *caliditas* n'impliquent pas un fait positif comme le mot *machinatio*. La définition est-elle pleinement satisfaisante? On peut lui reprocher de ne pas donner une notion bien nette du dol; peut-être serait-il plus simple de dire qu'il y a dol toutes les fois que l'on cause de mauvaise foi un préjudice à autrui.

SECTION II.

A quelles conditions le dol tombe-t-il sous le coup de la loi?

SOMMAIRE.

10. Le dol implique l'intention de nuire. Un impubère est-il responsable du dol qu'il a commis?
11. Conditions exigées pour que le dol fasse naître une créance en réparation.
 - A. Préjudice causé.
12. B. Le dol doit émaner de celui à qui on l'oppose, mais il n'est pas nécessaire qu'il ait visé celui qui en souffre.
13. Pourquoi le dol ne pouvait-il être invoqué que contre son auteur, tandis que la crainte pouvait être opposée à quiconque en profitait?
14. Dérogations à la règle posée. Ayant-cause à titre universel. Ayant-cause à titre particulier.
15. Le dol du représentant est-il opposable au représenté? Pupille, municipes, *paterfamilias*, maître, mandataire.
16. C. Celui qui se plaint d'un dol ne doit avoir aucun dol à se reprocher.

10. Le dol, qu'il se produise sous la forme d'un fait ou d'une abstention, implique chez son auteur l'intention de nuire. Si cette intention n'existe pas, un acte dommageable pourra engendrer, au profit de celui qui en souffre, une créance en indemnité, mais il n'y aura pas dol dans le sens exact de ce mot.

La loi 7, p. 10, *De dolo malo*, 4, 3, nous rapporte en effet que le prêteur Cæcidianus refusa l'action de dol contre une personne qui avait affirmé la solvabilité d'un emprunteur d'argent, mais la loi supposant que cet individu a agi de mauvaise foi, donne une solution inverse : *Cum mei decipiendi gratia alium falso laudasti, de dolo judicium dandum est* ⁽¹⁾.

Cette intention de nuire qui est un des éléments essentiels du dol, peut se rencontrer chez un impubère, il y a, en effet, des manœuvres qui par leur simplicité, sont à la portée de l'intelligence d'un enfant de moins de quatorze ans. *Quid enim si impetravit a procuratore petitoris ut ab eo absolveretur, vel si de tutore mentitus pecuniam accepit vel alia similia admisit, quæ non magnam machinationem exigunt* ⁽²⁾. Si l'impubère obtient son absolution par un dol commis avec le mandataire du demandeur, s'il emprunte de l'argent en faisant croire qu'il a atteint l'âge de la puberté, sera-t-il responsable de ces actes immoraux?

Le droit romain avait admis que l'impubère qui ne pouvait pas s'obliger par ses contrats, pouvait cependant

(1) Voir dans le même ordre d'idées le Fr. 7, p. 7, *Præscriptis verbis*, 19, 5, qui suppose que dans une tempête un capitaine fait jeter à la mer des marchandises. S'il a commis une simple faute, il ne pourra être poursuivi que par une action *in factum*.

(2) Fr. 14, *De dolo malo*, 4, 3.

s'obliger par ses délits, s'il était *doli capax* ou *pubertati proximus*. Il semble donc que toutes les fois que le dol engendrera une action pénale, cette action pourra être intentée contre l'impubère. Cette déduction est confirmée par les textes. *Item in causæ cognitione versari Labeo ait, ne in pupillum de dolo detur actio, nisi forte nomine hereditario conveniatur. Ego arbitror et ex suo dolo conveniendum, si proximus pubertati est, maxime si locupletior ex hoc factus est* ⁽¹⁾. Tandis que Labéon pensait que le pupille ne peut être poursuivi à raison d'un dol qui lui est personnel, Ulpien soutenait qu'un pupille *proximus pubertati* est responsable de son dol comme de ses autres délits. Cette conséquence de la théorie générale fut admise sans difficultés. L'action *de dolo* emportait-elle alors infamie? Cela ne nous paraît pas douteux. Le p. 1, *Inst. Just.*, liv. I, tit. 12, nous montre qu'un impubère peut être déporté, *à fortiori*, pourra-t-il être frappé des déchéances qui sont la conséquence de l'infamie.

Dans d'autres hypothèses, la question de savoir si le dol de l'impubère est illicite, est plus délicate. Ce n'est qu'exceptionnellement, en effet, que la réparation du préjudice provenant d'un dol, sera poursuivie par une action pénale; dans les contrats de bonne foi et dans les contrats de droit strict, s'il y a une *cautio de dolo*, c'est au moyen d'une action *rei persecutoria* que la victime se plaindra du tort qui lui est causé. On pourrait donc être tenté de croire que la règle d'après laquelle un impubère ne peut s'obliger par ses contrats, empêchera ici la répression du dol. Ce serait une singularité de plus à

(1) Fr. 13, p. 1, *De dolo malo*, 4, 3.

ajouter à cette théorie du dol en droit romain, théorie qui renferme déjà bien des inconvénients et des inconséquences. Ce reproche ne serait cependant pas fondé. La loi 1, p. 15, *Depositi*, 16, 3, suppose qu'un pupille a reçu un dépôt sans l'*auctoritas* de son tuteur; le déposant pourra agir contre lui par l'action *depositi directa* dans les limites de son enrichissement; mais nous dit le texte : *Si apud doli mali jam capacem deposueris, agi posse si dolum commisit*, et la condamnation sera alors la même que si cet impubère était sorti de tutelle (1).

11. PREMIÈRE CONDITION. — Pour que le dol fasse naître une créance en indemnité au profit de celui qu'il frappe, certaines conditions doivent se trouver réunies.

Il faut d'abord que le dol ait causé un préjudice à la personne qui s'en plaint. Il n'est pas nécessaire pour que le dol existe, que les manœuvres dont on s'est servi pour tromper, aient en réalité abouti, mais cela est indispensable pour que du dol naisse une obligation à la charge de son auteur. Cette idée est formulée d'une façon générale par Justinien : *Inventæ sunt obligationes ad hoc ut unusquisque sibi acquirat quod sua interest* (2). Quand il n'y a pas d'intérêt il ne peut y avoir d'action.

Lorsque la personne lésée par un dol devra en poursuivre la réparation par l'action *de dolo*, une condition accessoire est exigée, il faut que le préjudice présente une certaine importance. Cette nécessité nous est indiquée par trois textes, deux d'Ulpien, l'autre de Paul, dont la réunion forme une seule phrase : *Merito causæ cognitio-*

(1) Voir également Fr. 46, *De obligat. et act.*, 44, 7, et le Fr. 4, p. 26, *De doli mali et metus exceptione*, 44, 4.

(2) Inst. Just., p. 19, *De in. stipulationibus*, liv. III, tit. 19.

nem prætor inseruit; neque enim passim hæc actio indulgenda est. Nam ecce in primis, si modica summa sit ⁽¹⁾, *id est usque ad duos aureos* ⁽²⁾ *non debet dari* ⁽³⁾. Ce minimum existait-il dans le droit classique? Cela nous paraît très improbable. Il y a, en effet, dans cette mesure rigoureuse quelque chose de raide qui n'est pas naturel. On peut dire en outre que si cette limitation avait été admise par les jurisconsultes, Justinien n'aurait pas été obligé d'intercaler un texte de Paul dans un texte d'Ulpien, qu'une seule phrase lui aurait suffi pour exprimer sa pensée. Le procédé qu'il emploie indique d'une manière presque certaine que l'empereur ne reproduit pas la décision des auteurs dont il emprunte les noms.

Dans le cas où le préjudice causé n'atteindra pas l'importance nécessaire, la victime du dol sera-t-elle sans aucun recours? Nous pensons qu'elle pourra agir par une action *in factum*.

12. DEUXIÈME CONDITION. — Il faut que le dol provienne de celui à qui on l'oppose, mais il n'est pas nécessaire que la personne qui en souffre, prouve que le dol la visait.

Supposons que Primus détermine Secundus par fraude à faire une acceptilation à Tertius son débiteur; sans doute Secundus pourra agir contre Primus par l'action de *dolo*, mais pourrait-il poursuivre directement la réparation du dommage contre Tertius, à qui les manœuvres ont profité? Au premier abord, la question semble manquer d'in-

(1) Fr. 9, p. 5, *De dolo malo*, 4, 3.

(2) Fr. 10, *De dolo malo*, 4, 3.

(3) Fr. 11 pr., *De dolo malo*, 4, 3.

térêt; si Tertius, en effet, était soumis à l'action, il recourrait lui-même par la même voie contre l'auteur de dol, et en dernière analyse, le résultat paraîtrait devoir être le même. La solution n'est cependant pas sans importance en cas d'insolvabilité de l'auteur des manœuvres. Cette insolvabilité frappera-t-elle Secundus qui a été atteint par le dol ou Tertius qui en a profité?

Le dol n'est opposable qu'à son auteur : cette idée est exprimée par les textes. *In hac actione designari oportet, cujus dolo factum sit, quamvis in metu non sit necesse* ⁽¹⁾. L'*intentio* de l'action de *dolo* doit désigner la personne de qui émane le dol; l'*intentio* de l'action *quod metu causa* sera au contraire conçue *in rem* ⁽²⁾.

La même règle existe pour l'exception de dol : *Sequitur ut videamus..... quibus personis (exceptio) objiciatur... Specialiter exprimendum est de cujus dolo quis quaeratur*. Il ne suffit pas d'indiquer : « *Si in ea re dolo malo factum est,* » mais il faudra dire : « *Si in ea re nihil dolo malo actoris factum est.* » La formule de l'exception de dol, qui nous est donnée par Gaïus au Fr. 419, c. IV, de ses *Institutes*, confirme ces textes ⁽³⁾.

Nous avons dit, en second lieu, qu'il n'était pas nécessaire que le dol eût visé la personne à qui il nuisait.

Cette règle est posée dans le Fr. 2, p. 2 : *De doli mali et metus exceptione*, 44, 4. *Plane ex persona ejus qui*

(1) Fr. 15, p. 3, *De dolo malo*, 4, 3.

(2) Fr. 9, p. 8, *Quod metus causa*, 4, 2.

(3) Voir également le Fr. 4, p. 3, *De doli mali et metus exceptione*, 44, 4. Ce texte indique les motifs pour lesquels le prêteur Cassius créa l'exception *metus* malgré la généralité de l'exception de dol. Tandis que l'exception de dol *personam amplectitur ejus qui dolo fecit*, l'exception *metus*, *in rem scripta est*.

exceptionem objicit in rem opponitur exceptio; neque enim quaeritur adversus quem commissus sit dolus, sed an in ea re dolo malo factum sit a parte actoris. La formule de l'exception contient le nom de l'auteur du dol, mais le nom de celui que le dol visait n'y est pas indiqué; à ce dernier point de vue, la rédaction de l'exception est *in rem*.

La loi 4 pr., *De doli mali et metus exceptione*, 44, 4, nous fournit une application de cette règle. Des créanciers héréditaires donnent mandat à Titius de faire adition, l'un d'eux par dol a laissé ignorer sa créance; après l'adition, il réclame à l'héritier l'intégralité de ce qui lui est dû, il sera repoussé sur une exception de dol. Le dol, dans cette hypothèse, n'a pas visé l'héritier, mais les créanciers héréditaires; car, par suite du mandat qu'ils ont donné, ils devront indemniser l'héritier de ce qu'il aura payé au-delà de l'actif.

13. Dans les textes que nous avons signalés pour démontrer que le dol n'est opposable qu'à son auteur, on a pu remarquer que les jurisconsultes opposaient presque constamment le *dolus* à la *metus*, que tandis que les formules de l'action et de l'exception *doli mali* étaient conçues *in personam*, les formules de l'action *quod metus causa* et de l'exception *metus* étaient conçues *in rem*. Le préteur dans son édit s'était exprimé d'une façon générale : *Quod metus causa gestum erit ratum non habeo* ⁽¹⁾. Il en résultait que la *metus* pouvait être opposée à quiconque en profitait.

Comment justifier cette différence entre des hypothèses qui présentent entre elles une grande analogie?

Un premier motif nous est fourni par Ulpien : *Nam*

(1) Fr. 1, *Quod metus causa*, 4, 2.

cum metus habeat in se ignorantiam, merito quis non adstringitur ut designet, quis ei metum vel vim adhibuit (1). L'auteur de la violence, s'exposant à des peines corporelles, prendra de grandes précautions pour rester caché, l'auteur du dol, au contraire, courant des dangers moindres, n'agira pas avec la même prudence. Si donc le prêteur n'avait donné d'armes que contre celui qui avait inspiré la crainte, le coupable demeurant le plus souvent inconnu, le recours eût été illusoire.

Ce motif, s'il avait inspiré le législateur romain, aurait dû entraîner deux conséquences. 1° Toutes les fois que l'auteur de la violence aurait été connu, le tiers qui profitait de cet acte illicite n'aurait pu se le voir opposer. 2° Toutes les fois que l'auteur du dol aurait été inconnu, l'action et l'exception *doli* auraient été *scriptæ in rem*. Nous ne trouvons pas trace de ces distinctions dans les textes, nous devons donc en conclure que ce n'est pas cette raison qui a guidé le prêteur.

On a dit encore, le dol n'est qu'un vice du consentement; quand il y a violence le consentement n'existe pas. Nous ferons d'abord remarquer que cette raison, si elle était exacte, aurait le grave inconvénient de ne s'appliquer qu'au dol et à la violence amenant une personne à faire un acte juridique. Elle n'expliquerait pas pourquoi la violence est opposable à un tiers qui en profite quand elle a pour résultat un acte matériel de la part de la personne lésée. Nous croyons d'ailleurs que le point de départ est faux. La violence comme le dol ne supprime pas le consentement, c'est ce que nous nous efforcerons de démontrer dans notre deuxième partie.

Un troisième motif a été invoqué. La personne qui cède

(1) Fr. 14, p. 3, *Quod metus causa*, 4, 2.

à la *metus* est exempte de faute. Pour que la crainte tombe en effet sous le coup de la loi, des conditions sévères sont exigées; il faut que la *metus* soit *justus*, c'est-à-dire de nature à faire impression sur un *constantissimus vir* ⁽¹⁾, il faut que la victime des menaces ait cédé devant un danger qui la frappait dans sa vie ou sa liberté ⁽²⁾: il n'y a pas *metus justus* quand on ne craint que pour ses biens. Si ces conditions rigoureuses se trouvent réunies, on peut affirmer qu'il n'y a rien à reprocher à la personne lésée. La victime du dol, au contraire, a été trop légère ou trop crédule; pourquoi sa faute nuirait-elle à un tiers de bonne foi qui profite, il est vrai, du dol, mais qui n'y a pas participé? Cette raison est satisfaisante quand la personne trompée a donné son concours à l'acte dont elle se plaint, mais elle ne nous fait pas comprendre pourquoi le dol, consistant en un acte matériel, réalisé par l'auteur du délit, n'est pas opposable aux tiers de même que la *metus*.

L'explication de cette difficulté doit être recherchée dans des considérations d'un autre ordre. La crainte et le dol sont des vices du consentement, mais ce sont de plus des délits, dont la réparation est poursuivie par des actions pénales. C'est en se plaçant au point de vue du danger que de telles manœuvres font courir à la société, que le préteur a réprimé avec plus d'énergie les actes de violence que les actes de dol; les premiers apportent en effet dans les relations sociales un trouble plus grave et plus alarmant ⁽³⁾.

(1) Fr. 5 et 6, *Quod metus causa*, 4, 2.

(2) Fr. 3, p. 1, *Quod metus causa*, 4, 2.

(3) *Rev. pratique de droit français*, 1865, t. XIX, p. 239, article de M. Gide.

14. Le dol n'est opposable qu'à son auteur. Telle est la règle que nous avons posée. Ce principe n'est pas absolu, il comporte en effet d'importantes dérogations et ces dérogations ont une étendue qui varie suivant les moyens de réparation, qu'invoquera la victime du dol. Nous pouvons diviser les personnes à qui le dol qu'elles n'ont pas commis peut être opposé, en trois catégories : les ayant-cause à titre universel, les ayant-cause à titre particulier, les personnes qui ont été représentées plus ou moins complètement par l'auteur du délit.

Les ayant-cause à titre universel devront supporter *in infinitum* les conséquences du dol de leur auteur, si la réparation du préjudice qui en résulte, est poursuivie par une action de bonne foi, une action *ex stipulatu*, une *condictio indebiti*. Ces actions sont en effet *rei persecutendæ gratia*, et les actions réparatrices passent *in solidum* contre les héritiers avec le patrimoine dont elles sont une charge. Si le dol est opposé aux héritiers sous forme d'exception, la même solution est certaine. Dans certains cas l'exception *doli* se changera en exception *in factum* ⁽¹⁾. Supposons, au contraire, que la victime des manœuvres ne puisse se servir d'aucun de ces moyens de recours contre les ayant-cause à titre universel de l'auteur du dol, l'action *de dolo* qu'elle aurait pu intenter contre ce dernier, se transformera en action *in factum*, et la base de la condamnation au lieu d'être le préjudice causé, sera l'enrichissement des héritiers ⁽²⁾.

Les ayant-cause à titre particulier ne pourront jamais être poursuivis par voie d'action à raison du dol de leur

(1) Fr. 4, p. 16, *De doli mali et metus exceptione*, 44, 4.

(2) Fr. 26-30, *De dolo malo*, 4, 3.

auteur, ils ne sont pas en effet ses représentants. Ce dol leur sera-t-il opposable sous forme d'exception? Les textes nous répondent par une distinction assez équitable entre les ayant-cause à titre gratuit et les ayant-cause à titre onéreux. Ces derniers *certant de damno vitando*; on comprend donc que le législateur ne leur fasse pas supporter un préjudice à eux qui n'ont rien à se reprocher, pour en exempter la victime du dol qui est en faute de s'être laissée tromper.

Cette idée est exprimée dans le Fr. 4, p. 28 et 29, *De doli mali et metus exceptione*, 44, 4. Voici l'hypothèse du premier de ces textes. L'hérédité *ab intestat* de Gaius Seius vous est déférée; je suis héritier institué; par dol vous me persuadez de ne pas faire adition, puis vous cédez l'hérédité *pretio accepto* à Sempronius. Sempronius exerce contre moi la *petitio hereditatis*, pourrai-je le repousser par une exception de dol? Le cessionnaire ne peut souffrir du dol du cédant, ou plus généralement on ne peut opposer à un ayant-cause à titre onéreux le dol de son auteur (1).

Un ayant-cause à titre gratuit agissant contre la victime du dol, sera repoussé par l'exception *doli mali*. Les jurisconsultes ont tiré de cette théorie satisfaisante en elle-même des conséquences exagérées. Ils ont considéré comme ayant-cause à titre gratuit le créancier gagiste

(1) Dans ce texte il n'est pas question d'une vente mais d'une *cessio in jure* de l'hérédité. Ulpien suppose, en effet, qu'il s'agit d'une *hereditas legitima*, il ne dit pas que l'héritier testamentaire a fait adition, enfin il n'emploie pas l'expression *tu vendideris*, mais la périphrase *cesseris pretio accepto*. Il est probable que Justinien a remplacé les mots *in jure* par *pretio accepto*. Voir d'ailleurs à ce sujet les pp. 85, 86, 87, C. III, Gaius.

et l'individu qui a reçu l'abandon noxal d'un esclave (p. 30 et 31, *De doli mali et metus exceptione*, 44, 4), de telle sorte que le dol du débiteur et du maître de l'esclave peuvent être invoqués contre eux.

15. Le dol du représentant peut être opposé au représenté dans des conditions et dans des limites que nous allons déterminer. Avant d'aller plus loin nous devons reconnaître que les expressions dont nous nous servons sont inexactes : le droit romain n'a pas admis, en effet, la représentation, cette fiction qui fait considérer comme partie à un acte juridique une personne qui n'y a pas figuré.

Le dol du tuteur ou du curateur peut être invoqué contre le pupille ou le mineur de 25 ans, mais dans les limites de l'enrichissement que ces personnes en retirent. Nous ne distinguerons pas ici si la victime du dol joue le rôle de demandeur ou celui de défendeur, si elle agit au moyen de l'action *de dolo* ou d'une action *rei persecutoria*. La règle est formulée d'une manière générale par Papinien : *Dolus tutorum puero neque nocere neque prodesse debet. Quod autem vulgo dicitur, tutoris dolum pupillo non nocere tunc verum est, cum ex illius fraude locupletior pupillus factus non est* ⁽¹⁾. La fin du texte nous montre que la réparation du préjudice résultant du dol commis au tuteur pourra être obtenue du pupille par une action *rei persecutoria*.

Le pupille pourra de même être repoussé par une exception de dol ou être tenu par l'action de *dolo*. *Sed ex dolo tutoris si factus est locupletior, puto in eum*

(1) Fr. 3, *Quando ex facto tutoris*, 26, 9.

dandam actionem sicut exceptio datur ⁽¹⁾. Cette action sera dite action *in factum*, elle n'emportera pas infamie.

De ces différents textes, il résulte que le pupille est responsable du dol de son tuteur, mais seulement si ce dol l'a enrichi et dans les limites de l'enrichissement. Cette doctrine de Papinien et d'Ulpien a fini par prévaloir, mais ce ne fut pas sans peine, nous voyons en effet Pomponius se placer à un point de vue différent. Pour savoir si le pupille était tenu, le jurisconsulte distinguait suivant qu'il pouvait ou non, exercer un recours efficace contre son tuteur. Dans le cas où ce dernier était insolvable, le pupille échappait à toute condamnation, en cédaient ses actions contre le tuteur à la victime du dol ⁽²⁾. Les mêmes solutions doivent être données à propos des municipes, ils seront responsables du dol des décurions jusqu'à concurrence de leur enrichissement ⁽³⁾.

Peut-on opposer à un maître ou à un *paterfamilias* le dol de son esclave ou de son fils ? Le principe en droit romain c'est que l'esclave acquiert à son maître le bénéfice de tous les contrats dans lesquels il joue le rôle de stipulant ; *jure civili* le maître devient créancier ⁽⁴⁾, même s'il est *infans* ou *furiosus*, même s'il a ignoré le contrat ou s'il s'est opposé à sa conclusion. Mais cette créance il l'acquerra avec ses vices, l'esclave a-t-il usé envers Titius de manœuvres frauduleuses pour l'amener à stipuler, lorsque le maître poursuivra le débiteur il sera repoussé par une exception de dol. Cette proposition n'est abso-

(1) Fr. 15 pr., *De dolo malo*, 4, 3. Voir également Fr. 4, p. 23, *De doli mali et metus exceptione*, 44, 4.

(2) Fr. 61, *De adm. et periculo tutorum*, 26, 7.

(3) Fr. 15, p. 1, *De dolo malo*, 4, 3.

(4) Inst. Just., l. II, tit. 9, p. 3.

lument exacte qu'autant que le dol s'est produit lors de la naissance de l'acte juridique que le maître invoque : *Tum de eo duntaxat (dolo) excipi potest, qui admissus sit in ipso negotio quod geritur, non etiam si postea aliquis dolus intervenisset; neque enim esse æquum, servi dolum amplius domino nocere quam in quo opera ejus esset usus* ⁽¹⁾. Le dol de l'esclave nuira à son maître; ce dol est en effet une des parties de l'opération. Mais une fois que le contrat est né, l'obligation passe en la personne du maître, l'esclave s'efface et disparaît.

Cette observation est d'autant plus importante que la théorie est tout autre quand il s'agit d'institution d'héritier, de legs ou de fidéicommiss. C'est alors sur la tête de l'esclave que cette disposition de dernière volonté reposera. L'esclave meurt-il avant d'avoir adition, avant que la condition auquel son legs était subordonné se soit accomplie, les droits du maître s'évanouissent. L'esclave n'étant, au contraire, qu'un instrument d'acquisition quand il s'agit d'un acte entre-vifs, par exemple, d'un contrat, on comprend que son dol, qui n'est pas concomitant à l'acte lui-même, n'exerce sur lui aucune influence.

Le dol de l'esclave se produisant *in ipso actu*, sera, avons-nous dit, opposable au maître, mais pourra-t-on l'invoquer contre lui *in infinitum*? Le Fr. 9 de Comp., 16, 2, nous répond affirmativement. Si le maître demande, en effet, l'exécution d'un contrat fait par son esclave, c'est que celui-ci a agi en bon administrateur, et il serait inique que ce maître ne supportât pas les charges d'un acte dont il réclame les avantages.

(1) Fr. 4, p. 17, *De doli mali et metus exceptione*, 44, 4.

Le dol d'un esclave est opposable à son maître sous forme d'exception; la personne lésée pourra-t-elle en réclamer la réparation par l'action *rei persecutoria* qu'a engendré le contrat? Le droit civil répondait négativement. *Melior conditio nostra per servos fieri potest, deterior non potest* ⁽¹⁾. Le droit prétorien a corrigé ces résultats rigoureux. Il donne à la victime du dol l'action du contrat *de in rem verso*, c'est-à-dire jusqu'à concurrence du profit que le maître a tiré de l'acte fait par son esclave.

Nous avons supposé jusqu'ici que l'esclave qui contractait n'avait reçu de son maître aucun ordre exprès ou tacite. Le maître peut faire de son esclave un commis, le mettre à la tête d'une boutique, lui confier un navire, il peut encore lui constituer un pécule. Dans ces différentes hypothèses le maître ne répondra-t-il que du dol commis par son esclave dans l'acte même dont il se prévaut? Le Fr. 4, p. 17, *De doli mali et metus except.*, 44, 4, statuant dans le cas où l'esclave a un pécule, nous dit que l'exception de dol si *quidem ex peculiari negotio intendatur in infinitum obijcienda est; in infinitum* signifie ici comme la suite du texte nous le montre : à quelque moment qu'il se soit produit. On peut expliquer ce résultat en faisant remarquer que l'esclave pourvu d'un pécule a une sorte de personnalité, un patrimoine propre : son maître n'est qu'un commanditaire. La situation est à peu près la même que si ce dernier avait donné une *procuratio omnium bonorum* à un homme libre.

Le dol est opposé au maître sous forme d'exception, il pourra être invoqué contre lui jusqu'à concurrence du

(1) Fr. 133, *De reg. juris*, 50, 17.

préjudice causé. Si on poursuit le maître par l'action du contrat la condamnation aura pour limite les ressources du pécule.

Les actions exercitoire, institutoire, et *quod jussu* seront données *in solidum*.

Il est possible que la victime du dol n'ait d'autre voie de recours pour se faire indemniser que l'action de *dolo*. Cette action est pénale ; elle sera donnée *noxaliter* contre le maître de l'enclave ou le *paterfamilias*.

Ce dernier pourra se soustraire à toute condamnation en faisant l'abandon de l'*alieni juris*, du dol duquel on se plaint ⁽¹⁾.

Un mandant peut-il souffrir du dol de son mandataire ? La question est posée par Ulpien ⁽²⁾. Il suppose qu'une personne constitue un *procurator ad litem* ; ce *procurator* a commis un dol ; peut-on le lui opposer sous forme d'exception ? Ce mandataire peut être un *procurator in rem suam*, en réalité c'est un cessionnaire, il est le véritable intéressé ; il sera donc responsable de son dol à quelque époque qu'il ait été commis. N'a-t-il pas été constitué *in rem suam*, on ne pourra lui opposer le dol antérieur à l'instance, car ce serait le mandant que l'on frapperait ; le seul dol que l'on pourra invoquer contre lui, c'est le *dolus præsens*, c'est-à-dire postérieur à la *litis contestatio*. Cependant si le mandataire qui agit est chargé de l'administration de toutes les affaires du mandant, l'exception de dol peut être fondée sur tout dol du *procurator*. Dans le texte que nous venons d'analyser on suppose que c'est le *procurator* qui agit ; si c'était le *dominus*, c'est-à-dire le

(1) L. 9, p. 4, *De dolo malo*, 4, 3.

(2) Fr. 4, p. 18, *De doli mali et metus except.*, 44, 4.

véritable intéressé, qui intentait l'action fondée sur un acte émanant de son mandataire, les mêmes décisions devraient être données.

La distinction que nous trouvons dans ce texte, est la même que celle que nous avons rencontrée, quand nous nous sommes demandé si le *paterfamilias* ou le maître était responsable du dol de son fils ou de son esclave. Le dol a-t-il été commis *in ipso actu*, telle est la question que l'on doit se poser dans les deux cas? Nous renvoyons donc aux observations que nous avons faites précédemment. Le dol n'a pas été commis *in ipso actu*, le maître en sera responsable s'il a confié à son esclave un pécule, une boutique, un navire, et si le dol est relatif à sa gestion. Supposons qu'il s'agisse d'un mandat, le dol du mandataire est opposable au mandant à quelque époque qu'il ait été commis si la *procuratio* est une *procuratio omnium bonorum*; ici encore l'analogie est frappante.

Peut-on poursuivre le mandant par l'action *rei persecutoria* née du contrat s'il y a eu dol du mandataire? A l'origine les tiers n'avaient pas d'action contre le mandant; ce furent les jurisconsultes qui leur accordèrent une action utile *ad exemplum institoria actionis*. La distinction que nous avons trouvée dans les textes pour l'exception de dol doit être transportée ici. Le mandataire est-il un mandataire spécial, on ne pourra invoquer contre le mandant que le dol commis *in ipso actu*; est-il un mandataire général le mandant sera tenu du dol commis à un moment quelconque.

Enfin du dol du *procurator* peut naître une action *de dolo*. Le Fr. 15, p. 2, *De dolo malo*, 4, 3, nous dit en effet : *Item si quid ex dolo procuratoris ad dominum pervenit datur in dominum de dolo actio in quantum ad eum*

pervenit, nam procurator ex dolo suo procul dubio tene-
tur. L'action *de dolo* pourra être exercée contre le man-
dant, mais jusqu'à concurrence de son enrichissement.

16. TROISIÈME CONDITION. — La troisième condition
pour que le dol fasse naître une créance en réparation
peut être ainsi formulée : Celui qui se plaint d'un dol
doit en être exempt.

Cette règle est indiquée dans plusieurs textes pour
l'exception de dol, pour l'action *rei persecutoria* répara-
trice d'un dol, pour l'action *de dolo*.

Pour l'exception de dol : *Marcellus ait adversus doli*
exceptionem non dari replicationem doli ⁽¹⁾. On suppose
dans un contrat une *communis malitia*; le défendeur
oppose au demandeur, qui le poursuit, une exception
de dol, ce dernier ne pourra pas paralyser la force de
l'exception par une réplique dans laquelle il dirait à son
adversaire : Il est vrai que j'ai commis un dol, mais vous
avez commis le même délit. La suite du texte donne l'ex-
plication de cette décision : *Labeo ait iniquum esse com-*
muniem malitiam petitori quidem præmio esse, ei vero
cum quo ageretur poenæ esse, cum longe æquum sit ex
eo quod perfide gestum est, actorem nihil consequi.

La loi 57, p. 3, *De contrahenda emptione*, 18, 1, nous
fournit une application de la même règle, dans un cas
où on poursuit l'exécution d'un contrat vicié par dol, au
moyen d'une action *rei persecutoria*. Le texte suppose
la vente d'une maison brûlée en tout ou en partie, le
vendeur et l'acheteur connaissaient la destruction de
l'objet de la vente, le contrat sera sans effets. Si donc
Primus vendeur agit contre l'acheteur Secundus, pour

(1) Fr. 4, p. 13, *De doli mali et metus exceptione*, 44, 4.

obtenir le prix convenu, Secundus le repoussera par une exception, et c'est en vain que Primus voudrait lui opposer la réplique : Si vous n'avez pas vous-même commis un dol. Une compensation s'opère entre le dol des parties : *et judicio quod ex bona fide descendit, dolo ex utraque parte veniente, stare non concedente* ⁽¹⁾.

Le Fr. 36, *De dolo malo*, 4, 3, formule le principe pour l'action de dol : *Si duo dolo malo fecerint invicem de dolo non agent*. Dans les deux premières hypothèses que nous avons signalées, c'est-à-dire dans les cas où la réparation du préjudice causé par dol est demandée par une exception ou une action *rei persecutoria*, il s'agit d'un dol réciproque, qui s'est produit à l'occasion d'un même acte juridique. La règle posée ne sera de même applicable à l'action *de dolo* qu'autant que le dol des parties se rattacherà à une cause identique. Supposons que par fraude un débiteur obtienne de son créancier qu'il lui fasse une acceptilation, que celui-ci, pour se venger, détermine par des manœuvres son ancien débiteur à accepter une hérédité mauvaise, de chacun de ces actes illicites naît une action *de dolo*, et nous ne croyons qu'il s'opère entre elles une sorte de compensation, qui empêche l'une et l'autre de ces personnes, tour à tour victime et auteur d'un dol, d'en poursuivre la réparation contre son adversaire.

Cette restriction à la règle, en apparence générale, n'est formulée expressément par aucun texte, mais le Fr. 38, p. 2, *De noxalibus actionibus*, 9, 4, nous fournit un puissant argument d'analogie. Ulprien suppose que mon esclave vous dérobe un objet, il le vend, vous lui

(1) Voir également Fr. 39, *Solutio matrimonio*, 24, 3.

en volez le prix, il y aura lieu à une double action *furti*. J'agirai contre vous par l'action *furti nummorum nomine* et tu *adversus me furti ages noxali servi nomine*. Nous voyons donc deux personnes qui se rendent coupables d'un délit l'une à l'égard de l'autre; de chacun des faits illicites naît une action pénale; ces deux actions pourront être exercées sans que le défendeur à l'une d'elles ait le droit, pour éviter la poursuite, d'alléguer que le demandeur est lui-même coupable d'un autre délit. La même décision doit être donnée si le délit est un dol.

En résumé, toutes les fois qu'un dol réciproque aura été commis par plusieurs personnes à l'occasion d'un même acte juridique, il n'y aura pas d'action pour demander soit l'exécution de cet acte, soit l'annulation de ses effets réalisés : l'état de fait devra être maintenu. C'est une application de la règle *in pari causa melior est causa possidentis* (1).

(1) La règle *si duo dolo malo fecerint invicem de dolo non agent* peut encore avoir une autre portée. Elle peut signifier que lorsque deux personnes s'associent pour commettre un délit, ce contrat ne sera pas sanctionné par une action, permettant à un des associés, de demander à l'autre sa part dans les bénéfices. De même si l'un d'eux est condamné à réparer tout le dommage qui résulte du délit, il n'aura pas de recours contre son complice. Voir Fr. 1, p. 14, *De tutelæ et rationibus*, 27, 3.

DEUXIÈME PARTIE.

DU DOL DANS LA FORMATION DES CONTRATS.

CHAPITRE PREMIER.

Influence du dol sur la volonté.

SOMMAIRE.

- 17. Transition. Éléments du contrat.
- 18. Nullité et annulabilité.
- 19. Le dol peut agir sur la volonté en inspirant la crainte.
- 20. Le plus souvent il fera naître une erreur. *Error in natura contractus. Error in corpore rei. Error in quantitate. Error in persona.*
- 21. Erreur sur les qualités de l'objet. *Error in substantia* dans les contrats de bonne foi.
- 22. En principe l'erreur laisse le consentement intact. Exceptions.
- 23. Erreur ayant pour origine le dol d'une des parties.
- 24. Division des contrats en contrats de droit strict et de bonne foi.

13. Considérée à un point de vue très général, l'étude du dol se confond en droit romain avec l'étude des progrès de l'équité. Il faudrait donc, si l'on voulait donner quelques idées d'ensemble sur ce vaste sujet, passer successivement en revue les différentes parties de la législation. Nous n'avons pas une ambition aussi grande; nous nous bornerons à examiner le dol dans une de ses

applications les plus intéressantes, dans la formation des contrats, et nous espérons que le sujet étant ainsi limité, nous pourrions mieux l'approfondir.

Le contrat c'est l'accord de plusieurs volontés dans le but de produire un effet juridique. Les deux éléments essentiels à la formation d'un contrat sont le consentement des parties et un objet. La réunion de ces conditions est nécessaire, elle est indépendante de toute législation, on pourrait, pour ce motif, donner au consentement et à l'objet la qualification d'éléments naturels.

Si une personne contracte dans un état de folie ou d'ivresse, si un *infans* promet ou stipule, il n'y a pas eu volonté car l'intelligence a disparu chez le fou et l'homme ivre, elle n'est pas encore née chez l'*infans*. La prestation de l'objet de l'obligation est-elle impossible parce qu'il n'existe plus ou qu'il n'a jamais existé, il y aura bien eu deux volontés tendant au même but, mais elles n'auront pu se rencontrer.

Le contrat doit, en outre, tendre à produire un effet juridique; supposons, en effet, que deux personnes s'accordent pour se soutenir dans la poursuite de la vertu ou de la science, le nom de contrat est inapplicable à cette entente.

A côté de ces éléments qui résultent de la nature des choses, nous en trouvons d'autres artificiels qui varient suivant chaque législation. Parmi ces conditions arbitraires, imposées par le droit positif, on peut signaler la nécessité de l'emploi de formes solennelles. La loi peut encore défendre certains actes, et comme sanction de cette prohibition, prononcer la nullité de ceux qui auraient été faits en violation de la règle posée : la loi est alors une *perfecta lex*. Nous avons parlé d'objet impos-

sible, outre la prestation impossible naturellement, il y a la prestation impossible légalement.

18. Quand un des éléments essentiels exigé par la nature des choses ou la loi, vient à manquer dans un contrat, quand la convention tombe sous le coup d'une *perfecta lex*, le contrat ne s'est pas formé, il est inexistant. Il en résulte qu'il n'est pas susceptible de ratification, que les tribunaux n'ont pas à en prononcer la nullité mais à la déclarer.

A l'invalidité complète ou nullité on oppose l'invalidité partielle. Le contrat existe bien, mais il ne produit pas tous ses effets. Cette invalidité partielle résulte du droit positif, qui s'appuiera tantôt sur des motifs d'ordre politique, par conséquent arbitraires et souvent iniques, comme dans l'incapacité de droit, qui tantôt au contraire consacrera la loi naturelle comme dans l'incapacité de fait.

L'incapacité de la personne qui a contracté, la violation d'une *minus quam perfecta lex* (S.-C. Macédonien), les vices qui ont atteint le consentement, engendrent un droit nouveau et de nature contraire. « L'invalidité partielle se montre sous la forme d'une action, d'une exception, d'une obligation ayant pour objet un nouvel acte juridique contraire à l'ancien, ou bien encore comme attribuant la faculté de se faire restituer ⁽¹⁾. »

Le contrat existe; pour qu'il disparaisse il faudra qu'une action en annulation soit exercée. Le droit nouveau qui sert de base à cette action est lui-même susceptible de destruction, le contrat débarrassé de cet obstacle reprend toute sa force.

(1) De Savigny, *Traduction Guenoux*, t. IV, par. 202.

19. Quelle est l'influence du dol sur la volonté dans un contrat? Le dol ne supprime pas le consentement, mais il l'altère, le contrat ne sera donc pas nul, mais attaquant. Pour démontrer la vérité de cette proposition on peut se placer à un double point de vue; examiner d'abord le dol et ses effets tels que l'analyse psychologique les montre, puis se demander si la doctrine adoptée par le droit romain est conforme aux données fournies par la raison pure.

Le mot dol, du moins dans son acception primitive, avait un sens large; il s'appliquait aussi bien aux manœuvres qui avaient engendré l'erreur qu'à celles qui avaient fait naître la crainte ⁽¹⁾.

Dans les deux cas, l'auteur de l'acte illicite se propose d'amener la victime à contracter. La volonté de la personne ainsi lésée existe-t-elle en réalité? La crainte ou l'erreur détruit-elle le consentement?

Si nous examinons d'abord la crainte résultant de la violence, nous voyons qu'une distinction est nécessaire. La violence peut consister en une contrainte matérielle qui fait de celui qui en est victime, un simple instrument. On a, par exemple, forcé une personne à signer en lui tenant la main. Dans cette hypothèse le consentement n'existe pas, il est certain que la personne violentée n'a pas voulu. Les commentateurs qualifient cette violence de *vis absoluta*.

La violence a pu inspirer à une personne de la crainte, et la victime de cette crainte sous l'empire des sentiments

(1) *Doli mentio hic et vim in se habet, nam qui vim facit dolo malo facit : non tamen qui dolo malo facit, utique et vi facit : ita dolus habet in se et vim : et sine vi si quid callide admissum est, æque continetur.* Fr. 2, p. 8, *Vi bonorum raptorum*, liv. 47, 8.

qui l'agitaient a fait un acte juridique, elle a contracté, il y a alors *vis compulsiva*.

Cette deuxième hypothèse rentre seule dans notre étude (1). Quels sont les effets de la crainte? La volonté existe, le contrat s'est formé. Qu'est-ce en effet que la liberté? C'est la faculté de choisir entre plusieurs déterminations et ici, la personne qui a agi pouvait, à son gré, supporter le mal dont on la menaçait et ne pas s'obliger, ou céder pour éviter le péril qu'on lui a fait craindre. Sans doute, la crainte a été un motif puissant qui n'a pas laissé à sa volonté toute l'indépendance désirable, mais la crainte n'a agi que comme motif, elle n'a pas supprimé le consentement.

Cette doctrine a été acceptée par le droit romain comme nous le prouvent les textes des jurisconsultes : *Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui* (2).

Ce qui nous le démontre encore, c'est que la crainte pour tomber sous le coup de la loi doit avoir été inspirée par une personne : *Sufficit enim hoc docere metum sibi illatum* (3). « Si la crainte excluait la liberté, comme le dit de Savigny, il devrait être indifférent que la crainte fût spontanée ou bien excitée par des menaces, puisque, dans les deux cas, l'état intellectuel de

(1) Il ne faudrait pas confondre le cas où les menaces ont eu pour effet de déterminer la volonté, avec celui où elles auraient eu pour résultat de déterminer le signe de la volonté, par exemple de faire signer un acte par une personne qui ne l'aurait pas lu. Dans cette dernière hypothèse il n'y a pas volonté, car une des conditions essentielles pour qu'il y ait volonté, c'est que l'on sache ce que l'on veut.

(2) Fr. 21, p. 3, *Quod metus causa*, 4, 2. Voir également Fr. 21, 22, *De ritu nuptiarum*, 23, 2.

(3) Fr. 14, p. 3, *Quod metus causa*, 4, 2.

celui qui craint est identique. Comme la protection de la loi s'accorde non pas à la crainte, mais à la crainte provoquée par des menaces, le motif de cette protection n'est pas le défaut de liberté dans la personne de celui qui éprouve la crainte, mais l'immoralité de l'auteur des menaces (1). »

Le consentement existe donc, mais le prêteur ne sanctionne pas les conséquences d'un contrat qui repose sur un délit; il en détruit les effets par les différentes voies de protection qu'il imagine contre la crainte, l'*in integrum restitutio*, l'action, l'exception, et l'existence même de ces procédés prouve, d'une manière péremptoire, que le contrat s'est formé. Le prêteur a-t-il jamais songé, en effet, à créer un système particulier de procédure, destiné à venir au secours de l'*infans* et de l'aliéné qui ont prononcé des formules, qui auraient obligé des personnes intelligentes? Il suffira à ces incapables ou à leurs représentants de répondre à la poursuite de leurs adversaires, il n'y a pas contrat, l'*intentio* de la formule d'action que vous exercez n'est pas fondée. Ont-ils exécuté une obligation inexistante, ils auront à leur disposition une *condictio*; et cette *condictio* ne s'appuiera pas, comme celle qui appartiendrait à la victime de la crainte, sur ce qu'elle a payé, protégée par une exception perpétuelle, mais sur ce que l'obligation, qui était la cause du paiement, ne s'est pas formée.

20. Supposons maintenant que le dol a fait naître l'erreur, dans l'esprit de la personne qui s'est obligée, y a-t-il contrat? Des distinctions sont nécessaires. Il y a, en effet, des erreurs tellement profondes qu'elles dé-

(1) De Savigny, t. III, *Traduction Guenoux*, p. 110.

truisent le consentement, sans qu'on ait à se préoccuper de savoir comment ces erreurs ont été engendrées, si elles ont été spontanées ou si elles ont été le résultat d'un dol. L'erreur peut avoir porté sur la nature du contrat à conclure. Je vous remets de l'argent, voulant vous en constituer dépositaire, vous croyez que je vous le prête, il n'y aura ni dépôt ni *mutuum*. L'accord des deux volontés, qui est une des conditions essentielles pour qu'il y ait contrat, n'existe pas dans cette hypothèse; les parties ont voulu, mais chacune d'elles a voulu une chose différente. L'exemple que nous venons de donner est emprunté à Ulpien (1), et le texte nous prouve que le droit positif est conforme aux déductions que nous fournit le raisonnement. Si les écus existent encore *in specie* entre les mains de celui qui les a reçus, celui qui les a prêtés pourra les revendiquer; ont-ils été consommés de bonne foi, l'ancien propriétaire devient créancier *quasi est contractu* de leur valeur, il aura à sa disposition une *condictio sine causâ*; ont-ils été dépensés de mauvaise foi, il agira par une action *ad exhibendum*.

L'erreur porte sur l'objet de l'obligation. Primus stipule de Secundus l'esclave Stichus, mais il s'est trompé de nom, l'esclave qu'il avait en vue c'était Pamphile : « *perinde nulla contrahitur obligatio ac si ad interrogatum responsum non esset* (2). » Ici encore les deux volontés ne se sont pas rencontrées, il y a *error* ou *dissensus in corpore*.

Nous avons supposé que l'objet de l'obligation était un corps certain, cet objet peut être une chose déterminée

(1) Fr. 18, *De rebus creditis*, liv. XII, tit. 1.

(2) Inst. Just., Fr. 23, *De Inut. stipulat.*, L. III, tit. 19.

seulement par son espèce et sa quantité. Si l'erreur tombe sur l'espèce il n'y aura pas contrat; si elle est relative à la quantité la question est plus délicate, et doit être résolue par des distinctions. La prestation qui doit être fournie est-elle l'objet unique du contrat, il y a accord de volontés pour la quantité la plus faible, pour l'excédant il n'y a pas contrat ⁽¹⁾. La prestation est réciproque, celui qui doit fournir la quantité sur laquelle il n'y a pas accord a-t-il promis au delà de ce que son adversaire stipulait, le contrat est valable pour la quantité la plus faible, a-t-il promis moins, il n'y a pas contrat. Je consens à vous donner mon fonds à bail pour dix, vous consentez à le prendre pour quinze, le contrat se forme et le prix de location sera dix. Le bailleur a en effet consenti, et le preneur qui a accepté de payer quinze a accepté à plus forte raison de payer dix. Si vous avez eu l'intention de payer cinq tandis que je vous demandais dix, il n'y a pas contrat; rien ne prouve, en effet, que le bailleur se contente du prix le plus faible, rien ne prouve que le preneur se décide à payer le prix le plus fort ⁽²⁾.

L'erreur peut porter sur la personne avec qui l'on contracte : quel en sera l'effet? Notre Code civil ne tient compte de cette erreur qu'autant que la considération de la personne est la cause principale de la convention (1110 C. Civ.). Cette distinction existait-elle en droit romain? la question est fort discutée; les Pandectes ne nous donnent, en effet, qu'un texte sur la matière ⁽³⁾; il semble bien en résulter que l'erreur sur la personne empêchera dans tous les cas le contrat de se former.

(1) Fr. 1, p. 4, *De verb. oblig.*, 45, 1.

(2) Fr. 52, *Locati*, 19, 2.

(3) Fr. 32, *De rebus creditis*, 12, 1.

Cette erreur pourra aisément se concevoir si on suppose que le consentement d'un des contractants Primus, est transmis par l'intermédiaire de Tertius à Secundus : s'il y a erreur sur la personne de celui dont le consentement est apporté, on ne peut dire qu'il y a contrat, car celui qui l'a reçu n'a pas entendu s'obliger envers Primus. L'opinion contraire provient de ce que le plus souvent la substitution de personnes ne lèse aucun intérêt.

Cette théorie ne présente d'ailleurs qu'une importance secondaire dans notre étude; si nous exposons, en effet, d'une manière sommaire l'influence de l'erreur dans les contrats, c'est afin de pouvoir déterminer dans les textes que nous aurons à expliquer, quels sont les effets que l'on doit attribuer au dol, quels sont ceux qui ont pour origine l'erreur en elle-même : par suite du silence des jurisconsultes nous n'aurons pas à faire cette recherche.

21. L'erreur peut encore tomber sur les attributs de l'objet du contrat, sur les qualités de la personne avec qui l'on fait une convention. Les conditions essentielles à l'existence du contrat se trouvent alors réunies, il y a consentement et objet : le raisonnement indique que le contrat est valable. Pour les contrats de droit strict, la législation romaine a accepté d'une façon absolue cette solution; il y a eu accord de volontés, peu importe qu'une partie se soit trompée, elle ne doit s'en prendre qu'à elle-même : « *Si id quod aurum putabam cum æs esset, stipulatus de te fuero, teneberis mihi hujus æris nomine, quoniam in corpore consenserimus* (1). » La question ne présente d'intérêt qu'autant que sous la forme de la stipulation se déguise un contrat synallagmatique.

(1) Fr. 22, *De verb. obligat.*, 45, 1.

La même règle fut très vraisemblablement adoptée à l'origine pour les contrats de bonne foi, sans distinguer suivant l'importance des qualités sur lesquelles il y avait erreur... *Quemadmodum si vas aurichalcum pro auro vendidisset ignorans, tenetur ut aurum quod vendidit præstet* ⁽¹⁾. D'après Labéon et aussi d'après Marcellus ⁽²⁾ le contrat est valable malgré l'erreur sur la substance.

Cette théorie ne prévalut pas, nous voyons en effet les jurisconsultes s'inspirant sans doute des principes d'équité qui servent de base aux contrats de bonne foi, s'efforcer de concilier les intérêts opposés de la personne dans l'erreur et ceux de son adversaire. L'erreur a-t-elle une grande importance, ils admettent que le contrat ne s'est pas formé. Notre Code civil a adopté ces idées et les a exprimées dans cette formule : « L'erreur n'est une cause de nullité de la convention, que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet (art. 1110 C. civ.). » Cette distinction a-t-elle été empruntée au droit romain ? Nous la trouvons dans plusieurs textes, mais elle n'avait pas alors le caractère de généralité que lui a donné le droit français. Par suite du large pouvoir d'appréciation qui appartenait au juge de l'action de bonne foi, on a admis que dans certains cas l'erreur était assez grave pour empêcher le contrat de se former, dans d'autres au contraire qu'elle n'avait sur son existence aucune influence, mais jamais les jurisconsultes n'ont donné de formule qui eût la prétention de régir toutes les hypothèses. Pour déterminer les différentes situations où l'erreur sur les qualités a les mêmes effets que l'erreur *in corpore*, il

(1) Fr. 45, *De cont. emptione*, 18, 1.

(2) Fr. 9, p. 2, *De cont. emptione*, 18, 1.

faut donc citer des textes. Il n'y aura pas contrat si on vend de l'airain pour de l'or ⁽¹⁾, du vinaigre de bois pour du vin ⁽²⁾, une table en argent plaqué pour une table en argent massif ⁽³⁾. Dans les deux premiers exemples cités, on peut admettre qu'il y a erreur sur la substance, ce mot étant pris dans le sens de matière première, car pas une parcelle de la matière ne se trouve dans la chose livrée; mais la distinction n'explique pas la dernière hypothèse, elle est absolument insuffisante pour nous faire comprendre que l'erreur sur le sexe d'un esclave entraîne la nullité de la vente, tandis que l'erreur sur la virginité d'une esclave laisse subsister le contrat ⁽⁴⁾. L'erreur ne mettra pas obstacle à la formation du contrat si on vend pour de l'or un alliage qui contient un peu de ce métal, du vin aigri pour du vin, des vêtements vieux pour des neufs ⁽⁵⁾, et probablement une table en bois ordinaire pour une table en bois précieux ⁽⁶⁾.

Nous nous bornerons à ces exemples sans chercher à en induire une formule ⁽⁷⁾.

(1) Fr. 14, *De contrahenda emptione*, 18, 1.

(2) Fr. 9, p. 2, 18, 1.

(3) Fr. 41, p. 1, 18, 1.

(4) Fr. 11, p. 1, 18, 1.

(5) Fr. 45, 18, 1.

(6) Fr. 21, p. 2, *De act. empti*, 19, 1. La difficulté provient de ce que certains manuscrits disent qu'alors il n'y a pas vente. Il nous paraît plus conforme à l'ensemble des textes de lire *emptionem esse*, car l'erreur *in qualitate* ne détruit pas le contrat. Cette version est celle des Florentines.

(7) Cette théorie a exercé une certaine influence sur les contrats de droit strict. Le prêteur permet au défendeur de se mettre à l'abri des conséquences nuisibles de son engagement quand son erreur avait eu une certaine gravité. *Ipso jure*, il sera tenu mais il pourra repousser l'action intentée par une exception *in factum*. Tandis que dans les

22. Nous avons cité jusqu'ici les erreurs exclusives du consentement, les erreurs *in corpore*, *in natura contractus*, *in substantia rei*, nous avons maintenant à rechercher l'effet de l'erreur qui ne rentre pas dans ces catégories. Au premier abord on serait tenté de dire, que la volonté déterminée par l'erreur n'existe pas en réalité, car si la personne qui s'est obligée dans ces conditions, avait eu la pleine connaissance des choses, elle n'aurait pas contracté. Il y a une sorte de similitude entre l'erreur et le défaut de discernement « et si l'on déclare les impubères et les aliénés incapables de faire des déclarations de volonté par suite de leur défaut absolu de discernement, ne doit-on pas aussi déclarer incapable celui qui manque de discernement par rapport aux faits particuliers qui ont déterminé un acte de sa volonté⁽¹⁾? » Nous ne croyons pas cependant que cette assimilation soit exacte, l'erreur a fait briller aux yeux de la personne qui s'est engagée des avantages illusoires, mais cette erreur n'a pas empêché la volonté d'exister et de se manifester par un signe extérieur. L'erreur a été un des motifs du contrat, mais le motif n'a aucune influence sur sa formation, la personne qui dans l'erreur s'est décidée à contracter aurait pu s'abstenir. Les raisons que nous avons données pour prouver que la violence laisse subsister le consentement peuvent être invoquées avec plus de force encore pour l'erreur. L'existence des moyens de répression contre le dol prouve bien que le contrat vicié par l'erreur est pleinement valable.

contrats de bonne foi l'erreur sur les qualités substantielles peut être invoquée par les deux contractants, dans les contrats de droit strict le prêteur ne vient au secours que du promettant. L'exception est un moyen de défense.

(1) De Savigny, t. III, *Traduction Guenoux*, p. 114.

Le contrat est valable, mais l'erreur engendre-t-elle un droit nouveau et de nature contraire comme la violence? En principe, il faut répondre non; la sécurité des transactions, la faute commise par la personne dans l'erreur sont les motifs qui ont décidé le législateur à ne créer aucun recours. L'erreur en soi est sans effets, elle ne donne pas droit à la réparation du préjudice qu'elle entraîne. Cette règle comporte deux exceptions. La première existe en matière de vente, elle se rapporte aux vices rédhibitoires. Le vendeur doit connaître certains défauts de la chose vendue et en garantir l'absence dans tous les cas; cette obligation permettra à l'acheteur de demander s'il découvre des vices cachés, la résiliation de la vente ou une diminution du prix.

La seconde exception se présente dans les *condictiones*. Il faut supposer un acte fait en vertu d'une *causa* juridique et que l'erreur porte sur cette *causa*. Par exemple une personne paye une obligation paralysée par une exception perpétuelle qu'elle ignorait, elle pourra agir par une *condictio indebiti*.

Nous devons écarter une dérogation apparente au principe posé; il y a certains cas où l'erreur engendrera, dans la vente notamment, l'obligation de réparer le préjudice qui en résulte, bien que le vice dont il s'agisse ne rentre pas dans les vices rédhibitoires, et que le vendeur soit de bonne foi. Cette situation se présentera quand le vendeur aura déclaré que la chose vendue présente certaines qualités, si son affirmation n'a pas été faite *ad nudam laudem, ut commendet* ⁽¹⁾, comme disent les

(1) Fr. 37, *De dolo malo*, 4, 3.

textes, mais dans l'intention de garantir les qualités promises.

Il n'y a ici que l'application d'une règle générale : les déclarations expresses du vendeur sont considérées comme des clauses du contrat. Un exemple de ce principe nous est fourni par le Fr. 45 *de Cont. emptione*, 18, 1. On suppose que des vêtements qui ont servi ont été vendus pour neufs, après avoir été réparés. Le vendeur de bonne foi sera cependant tenu de payer une indemnité égale à la différence de valeur qui existe entre des vêtements vieux et des neufs. Cette créance n'aura pas pour origine l'erreur de l'acheteur, mais l'affirmation du vendeur qui les a déclarés neufs.

23. Nous avons parlé jusqu'ici de l'erreur considérée en soi, cette erreur a pu être engendrée par les manœuvres de celui avec qui la personne trompée a contracté. Dans cette hypothèse encore, la volonté existera ou n'existera pas, suivant les mêmes distinctions que nous avons faites, quand l'erreur était spontanée. Mais le prêteur considère qu'il serait inique, qu'un acte immoral puisse servir de base à un enrichissement injuste, et il vient dans tous les cas au secours de la personne lésée. L'erreur qui résulte du dol peut être exclusive de la volonté, elle tombera alors sur un des éléments essentiels reconnus par la raison ou le droit positif, c'est-à-dire sur la nature du contrat, sur l'objet de l'obligation, et dans les contrats de bonne foi sur les qualités substantielles de cet objet. Dans ces hypothèses, il n'y a pas contrat. Si l'une des parties poursuit l'exécution de cet acte sans force, elle sera repoussée par une défense; si elle a exécuté, elle pourra répéter par une *condictio*, et il n'y a pas à distinguer si le contrat est de droit strict ou de bonne foi.

Le dol ne sera pas cependant dénué de tous effets, il entraînera à la charge de son auteur l'obligation de réparer le préjudice qu'il a causé.

L'erreur laissera le plus souvent le consentement intact. Si le contrat est de droit strict, l'erreur engendrée par un dol fera naître une créance en indemnité au profit de la victime, tandis qu'en général, l'erreur en elle-même ne tombe pas sous le coup de la loi. Dans les hypothèses où par dérogation au principe, la personne dans l'erreur a à sa disposition une exception *in factum*, il lui sera plus avantageux de recourir à l'exception de dol qui l'indemniserait complètement. Enfin si le contrat a été exécuté, tandis que la personne qui a été dans l'erreur n'a aucune action, la victime du dol aura à sa disposition la *condictio indebiti*, car elle a payé, protégée par une exception perpétuelle.

Si maintenant on examine les contrats de bonne foi, on voit que l'erreur qui tombe sur les motifs du contrat et sur les qualités non substantielles de l'objet, de même dans la vente l'ignorance de vices qui ne rentrent pas dans les termes de l'édit, ne sont pas prises en considération par le droit positif. Le dol dans toutes ces hypothèses fera naître à la charge de son auteur une obligation qui n'existerait pas s'il était de bonne foi.

Lorsque le vendeur a laissé ignorer à l'acheteur des vices rédhibitoires dont il avait connaissance, son dol ne sera pas dépourvu d'effets. L'acheteur pourra exercer à son choix les actions édilitiennes ou l'action *ex empto*, car les édiles en complétant le droit civil, ne détruisent aucun des moyens de recours qu'il a créés (1). L'action

(1) Fr. 19, p. 2, *De ædilitio edicto*, 21, 1.

empti présente l'avantage d'être perpétuelle et d'indemniser complètement l'acheteur, l'action *redhibitoria* lui permet d'atteindre la résolution du contrat.

Enfin, lors même que le vendeur a garanti l'existence d'une qualité dans l'objet du contrat, il sera cependant intéressant de savoir si ce vendeur a été de bonne ou de mauvaise foi. Sans doute c'est par l'action *empti* que l'acheteur se fera indemniser, mais la base de la condamnation variera suivant l'hypothèse. Supposons, en effet, que des vêtements vieux aient été vendus pour des neufs, le vendeur est-il de bonne foi *ipsius rei nomine tenetur; si sciebat etiam damni quod ex eo contingit* ⁽¹⁾.

En résumé, il sera toujours utile de distinguer l'erreur en elle-même de l'erreur résultant d'un dol. L'erreur spontanée n'est qu'exceptionnellement la cause d'une créance en indemnité, tandis que l'erreur résultant d'un dol fait toujours naître le droit à une réparation; et dans le cas même où le législateur tient compte de l'erreur seule, il sanctionne plus énergiquement l'erreur qui a pour origine un acte immoral.

24. La division des contrats en contrats de droit strict et de bonne foi entraîne en droit romain de nombreuses conséquences, notamment en manière de dol. Tout contrat engendre une ou plusieurs obligations, c'est au moyen d'une action que le créancier obtiendra de son débiteur la prestation que ce dernier lui a promise. Lors de l'exécution, il s'agira d'interpréter le contrat, d'en déterminer l'étendue et les effets, il ne faut donc pas s'étonner, que les jurisconsultes se soient placés presque toujours au moment où le droit est mis en mouvement, et qu'ils aient

(1) Fr. 45, *De cont. emptione*, 18, 1.

appliqué la division signalée, aux actions et non pas aux contrats qui leur servent de base. Ils distinguent les *stricti juris actiones* ou *condictiones* et les *bonæ fidei actiones* (1).

Cette division qui englobe les actions civiles personnelles qui résultent des actes juridiques n'est elle-même qu'une application d'une division générale embrassant toutes les actions. Cicéron examinant les pouvoirs que la formule confère au juge nous dit en effet qu'il y a des *judicia* et des *arbitria*, des actions rigoureuses et des actions libres, suivant la traduction de M. de Savigny. Dans les premières, le juge devra s'attacher aux termes exacts de la formule, dans les autres il aura un pouvoir d'appréciation assez large : *Quid est in judicio? Directum, asperum, simplex : si paret centum dari oportere... Quid est in arbitrio mite, moderatum : Quantum æquius et melius id dari* (2). Les *arbitria* dont les plus importants ont été appelés actions de bonne foi, sont caractérisés par les mots *ex fide bona, ut inter bonos bene agier, quid æquius melius* (3). Dans le *judicium* le juge est appelé *judex*, dans l'*arbitrium*, *arbiter*; M. de Savigny admet que le *judex* est pris sur l'*album*, c'est-à-dire sur la liste des citoyens désignés pour remplir les fonctions judiciaires dans le courant de l'année, tandis que les *arbitri* pouvaient être choisis parmi tous les citoyens sans distinction.

« L'arbitre ainsi nommé avec le consentement des deux parties, n'a point, comme le juge véritable, à appliquer le droit rigoureux, mais à déterminer ce que

(1) Inst. Just., p. 28, *De actionibus*, liv. IV, tit. vi.

(2) Cicéron, *Pro Roscio comædo*, ch. V.

(3) Cicéron, *Top.*, ch. XVII.

dans le cas donné un honnête homme ferait lui-même et sans contrainte (1). »

Les actions de droit strict et de bonne foi sont *in jus conceptæ*. Gaius voulant en effet définir l'action de droit strict nous dit les *condictiones* sont *in personam vero actiones quibus dari fierive oportere intendimus* (2). Les formules *in factum* ne contiennent pas ces mots *dare facere oportere* : elles subordonnent la condamnation à la vérification d'un fait. Les actions de bonne foi sont *in jus conceptæ*, pour le démontrer, il suffit de mettre en présence les deux formules de l'action de dépôt que nous a laissées Gaius (3) : les mots *ex fide bona* qui caractérisent l'action de bonne foi, se trouvent dans l'action *in jus concepta*, ils ne sont pas mentionnés dans l'action *in factum*.

Les actions *in factum* n'étant ni *stricti juris* ni *bonæ fidei*, quelle était l'étendue des pouvoirs conférés au juge par la formule? Cette question ne nous paraît pas susceptible d'une réponse unique. Les faits auxquels la condamnation était subordonnée variaient suivant l'hypothèse; tantôt ils emportaient l'appréciation d'un acte juridique comme dans le cas d'un dépôt ou d'un constitut, tantôt, au contraire, le juge n'avait qu'à vérifier un acte matériel : *si paret illum patronum ab illo liberto contra edictum illius prætoris in jus vocatum esse* (4). Il n'est donc pas possible de donner une théorie générale de la répression du dol dans les contrats sanctionnés par ces actions, le juge avait en effet une latitude d'ap-

(1) M. de Savigny, *Tr. de droit romain*, t. V, Traduction Guenoux, page 116.

(2) Gaius, *Inst.*, c. IV, p. 5.

(3) C. IV, p. 47.

(4) Gaius, c. IV, p. 46.

préciation qui dépendait de la nature du fait posé en question. On peut cependant remarquer que de même que dans les contrats de droit strict, une exception devait être insérée dans la formule pour permettre au juge de tenir compte de tout dol, autre que celui que le magistrat avait visé par la création de l'action *in factum* (1).

Les contrats de droit strict sont des contrats dans lesquels le créancier ne peut réclamer que ce qui lui a été littéralement promis, mais qui par voie de réciprocité obligent le débiteur à fournir tout ce qu'il a promis, sans pouvoir retrancher de sa dette la moindre chose. Pour connaître l'étendue de l'obligation contractée, il faut examiner les termes même de la formule, s'attacher au sens exact des mots; peu importe que les parties aient commis des erreurs, qu'elles aient fait des omissions, elles subiront les conséquences de leurs négligences. C'est ce que la loi des Douze-Tables avait exprimé dans cette formule : *Quum nexum faciet uti lingua nuncupassit, ita jus esto*.

Dans les contrats de bonne foi, le créancier pourra au contraire, réclamer certaines prestations supplémentaires commandées par l'équité ou l'usage, mais le débiteur en revanche obtiendra des diminutions lorsque la bonne foi l'exigera.

Le juge aura un large pouvoir d'appréciation, il devra rechercher la volonté commune des parties, il statuera suivant l'équité. Les personnes qui contracteront ne seront plus désormais obligées de tout prévoir, le juge suppléera aux clauses d'usage : *Ea quæ sunt moris et consuetudinis in bonæ fidei judiciis debent venire* (2).

(1) Dig., Fr. 30, *De pecunia constituta*, 13, 5.

(2) Fr. 31, p. 20, *De ædilitio edicto*, 21, 1.

Comment reconnaître au premier abord dans quelle catégorie on doit ranger un contrat? Il faut se demander si ce contrat est synallagmatique ou unilatéral. Tout contrat synallagmatique est de bonne foi, tout contrat unilatéral est de droit strict.

On peut encore remarquer que tout contrat unilatéral est solennel : cette règle emporte une exception. Le *mutuum*, bien qu'étant un contrat *stricti juris*, n'est cependant pas solennel. Cette anomalie s'explique par l'origine de ce contrat, le *nexum* dont le *mutuum* a conservé les caractères.

Il ne faudrait pas considérer les contrats de droit strict comme des contrats privilégiés et exceptionnels sanctionnés plus énergiquement que les autres. Cette idée serait inexacte; les contrats de droit strict étaient la règle en droit romain; nous voyons, en effet, Cicéron nous indiquer les cas où les *condictiones* prennent naissance en posant des principes généraux (1). Les contrats de bonne foi étaient des exceptions, ce qui nous le prouve, ce sont les énumérations limitatives que Cicéron, Gaïus et Justinien nous donnent des actions que ces contrats engendrent (2).

(1) *Pro Roscio com.*, c. IV.

(2) *De officiis*, III, 15; *De nat. deorum*, III, 30; Gaïus, *Inst.*, c. IV, p. 62; *Inst. Just.*, c. IV, p. 28, *De actionibus*.

CHAPITRE II.

Du dol dans les contrats de droit strict.

SECTION PREMIÈRE.

De l'*In integrum restitutio propter dolum*.

SOMMAIRE.

25. Dans les premiers temps le dol n'était pas puni. Dérogation à ce principe.
26. *In integrum restitutio*. Textes qui en démontrent l'existence.
27. De sa procédure. Conditions auxquelles son obtention était subordonnée.
28. De ses effets.
29. L'*in integrum restitutio* est le premier procédé général de répression imaginé contre le dol.
30. Objections. Réfutation.

25. Le dol laisse subsister la volonté de la personne trompée, et l'obligation contractée est pleinement valable d'après la rigueur des principes. Le prêteur et le droit civil ont corrigé cette règle, qui n'était pas en harmonie avec les besoins de la pratique, ils ont considéré qu'il serait inique qu'un acte immoral pût servir de base à un enrichissement injuste, et ils ont mis à la disposition de la victime des manœuvres, des moyens d'attaque et de défense. C'est l'étude de ces voies de droit que nous allons

suivre dans les contrats de droit strict en adoptant dans ce travail l'ordre historique. Nous montrerons comment l'*in integrum restitutio propter dolum*, l'exception *doli mali*, les *condictiones*, l'action *de dolo* se sont succédé dans la législation romaine, nous signalerons les progrès que chacun de ces moyens réalisait sur ses devanciers, nous aurons enfin à faire voir dans quelles circonstances on devait se servir de l'une ou de l'autre de ces armes.

Dans les premiers temps de la République le dol n'était pas réprimé dans les contrats de droit strict : *Si metu coactus aut dolo inductus.... stipulanti Titio promissisti quod non debueras, palam est jure civili te obligatum esse et actio qua intenditur dare te oportere efficax est* ⁽¹⁾.

Le contrat dont il s'agit dans ce texte c'est la stipulation, le contrat de droit strict par excellence. La publicité dont cet acte juridique était entouré, rendait d'ailleurs cette théorie peu dangereuse; les menaces étaient difficilement praticables sur la place publique, le dol lui-même pouvait aisément être prévenu. A cette règle générale, des dérogations particulières furent apportées dans des cas spéciaux, en matière de tutelle d'après la loi des Douze-Tables, par la loi Plætoria quand le dol avait lésé un mineur de vingt-cinq ans, enfin dans les contrats de bonne foi, comme nous le verrons dans le chapitre spécial que nous consacrerons à leur étude : *Atque iste dolus malus etiam legibus erat vindicatus, ut tutela duodecim tabulis, et circumscriptio adolescentium lege Plætoria, et sine lege judiciis in quibus additur ex fide bona* ⁽²⁾.

(1) Inst. Just., *De except.*, p. 1.

(2) Cicéron, *De officiis*, 3, 15.

En dehors de ces exceptions la règle était que le dol ne tombait pas sous le coup de la loi.

26. Le premier procédé qui fut imaginé par le préteur pour venir au secours de la victime des manœuvres fut l'*in integrum restitutio*. D'autres voies de droit plus parfaites s'introduisirent plus tard dans la législation et rendirent l'*in integrum restitutio* presque inutile; ceci nous explique que peu de textes la signalent et que par suite un certain nombre de commentateurs en aient nié l'existence. Cette opinion ne nous paraît pas admissible, elle est en contradiction formelle avec certains fragments des jurisconsultes : *Sub hoc titulo plurifariam prætor hominibus vel lapsis vel circumscriptis subvenit sive metu, sive callidate, sive ætate, sive absentia inciderunt in captionem* ⁽¹⁾. — *Integri restitutionem prætor tribuit ex his causis quæ per metum, dolum et status permutationem, et justum errorem et absentiam necessariam, et infirmitatem ætatis gesta esse dicuntur* ⁽²⁾. Enfin le p. 6, *De actionibus* aux Institutes, nous donne un exemple d'*in integrum restitutio*, qui a pour cause la fraude ou le dol.

L'*in integrum restitutio* est un des moyens par lesquels le préteur fit entrer l'équité dans la législation romaine. Il y a en effet des espèces particulières, où l'application des règles de l'*ipsum jus*, conduit à des résultats iniques. Le préteur pourra alors en vertu de son *imperium*, remplacer les parties dans la situation où elles se trouvaient, mais pour que ce résultat puisse être atteint deux conditions sont nécessaires, il faut qu'il s'agisse d'un acte juridique, il

(1) Fr. 1, *De in integrum restitutionibus*, 4, 1.

(2) *Sent. de Paul*, liv. I, tit. 7, p. 2.

faut en outre que cet acte soit susceptible de rescision ⁽¹⁾.

Le préteur n'aura recours à ce procédé extraordinaire que si la personne lésée lui paraît digne d'intérêt et si le préjudice dont elle se plaint présente une certaine importance : *De minimis non curat prætor*.

27. La procédure de l'*in integrum restitutio* présente certains caractères qui lui sont particuliers. Tandis que toute instance comporte sous les *legis actiones* et sous le système formulaire deux phases distinctes, le *jus* et le *judicium*, l'*in integrum restitutio* constitue une *cognitio extraordinaria*. Elle est directement prononcée à Rome par le préteur, et dans les provinces par le lieutenant, chef suprême de la juridiction. Quand une personne demande au magistrat la délivrance d'une action ou d'une exception, elle s'adresse à sa justice, elle réclame l'application d'un droit; sans doute le magistrat aura un certain pouvoir d'appréciation, il refusera l'action demandée si son échec est certain, soit parce que le défendeur justifie d'un moyen tiré du fond soit qu'il démontre qu'il existe à son profit une exception, sans doute encore le juge aura une certaine latitude dans l'examen des questions de fait, mais les pouvoirs du magistrat sont limités par la loi, les pouvoirs du juge sont fixés par la formule. La liberté du magistrat en matière d'*in integrum restitutio* est au contraire absolue, la personne qui se plaint d'un préjudice implore une faveur. Tandis que dans les cas ordinaires le magistrat applique la loi, « pour la restitution, comme le dit M. de Savigny, *il n'y a*

(1) L'*in integrum restitutio* ne peut faire tomber un affranchissement. De même quand un jugement est rendu en faveur de la liberté par le juge de la *causa liberalis*, la partie vaincue n'a d'autre ressource que l'appel.

point de règle préexistante à appliquer, mais le préteur crée une règle nouvelle pour le besoin de chaque espèce, et en vertu de ses pouvoirs, change ainsi l'état du droit, pour rétablir un état antérieur ⁽¹⁾. »

Le préteur a donc, à l'origine du moins, un pouvoir discrétionnaire pour déterminer les cas dans lesquels l'*in integrum restitutio* sera accordée, et les conditions auxquelles son obtention sera subordonnée. C'est ainsi que même lorsque l'*in integrum restitutio* eut passé dans l'édit, et qu'elle eut ainsi atteint une certaine fixité, le préteur, après avoir ainsi déterminé les hypothèses où ce secours pourra être demandé, ajoute cette formule générale : *Si alia mihi justa causa videbitur, in integrum restituiam* ⁽²⁾.

De même quand il s'agit des conditions, le jurisconsulte Paul nous dit : *Totum hoc pendet ex prætoris cognitione* ⁽³⁾.

28. La même latitude appartient au magistrat quant aux effets de l'*in integrum restitutio* prononcée; elle sera tantôt opposable à l'auteur du dol seul, tantôt à celui qui en a profité, par exemple, à un sous-acquéreur; elle pourra être *in rem* ou *in personam* ⁽⁴⁾.

Nous ne voulons pas dire par là que lorsque l'*in integrum restitutio* a été accordée contre Primus, celui qui l'a obtenue pourra s'attaquer à Secundus, mais nous entendons que la personne lésée pourra solliciter l'*in integrum restitutio*, même contre un tiers étranger au dol.

(1) De Savigny, *Traité de droit romain*, t. VII, ch. XXXVI, Trad. Guenoux.

(2) Fr. 26, p. 9, *Ex quibus causis majores*, 4, 6.

(3) Fr. 24, p. 5, *De min.*, 4, 4.

(4) Fr. 13, p. 1, *De minoribus*, 4, 4.

Le décret que le prêteur a rendu constitue, en effet, un véritable jugement, qui a dû être précédé d'un débat contradictoire; l'effet relatif de la chose jugée lui est applicable.

L'*in integrum restitutio* pourra être accordée à la victime du dol, sans distinguer si elle doit jouer, dans une instance, le rôle de défendeur ou celui de demandeur. Dans le premier cas, l'*in integrum restitutio* se traduira le plus souvent par le refus immédiat de l'action : *Si pecuniam quam mutuam minor accepit dissipavit, denegare debet proconsul adversus eum actionem* ⁽¹⁾. Dans le second, au contraire, la personne qui a obtenu l'*in integrum restitutio*, aura souvent besoin d'une poursuite, pour obtenir le bénéfice du droit qui lui a été rendu. Le prêteur lui délivrera une action qui remplacera celle qu'elle a perdue par l'acte juridique qui a motivé l'*in integrum restitutio* ⁽²⁾, mais il peut encore prononcer directement la restitution dans la *cognitio causæ* ⁽³⁾; l'acte a-t-il fait naître une simple exception, l'*in integrum restitutio* pourra produire ses effets sous la forme d'une réplique ⁽⁴⁾.

De ces quelques exemples, il résulte que tantôt le décret du prêteur consomme la restitution, que tantôt elle sera suivie d'un litige nouveau, par lequel la personne lésée obtiendra satisfaction. Dans cette deuxième hypothèse, la *prætorialis cognitio* est appelée par les commentateurs *judicium rescindens*, et le litige postérieur

(1) Fr. 27, p. 1, *De min.*, 4, 4.

(2) Inst. Just., p. 6, *De actionibus*, 4, 6. Cette action aura dans cette hypothèse la forme fictive.

(3) Fr. 13, p. 1, *De minoribus*.

(4) Fr. 9, p. 4, *De jurejurando*, 12, 2.

qui se passe devant le *judex, judicium rescissorium* : cette dernière expression se trouve seule dans les textes ⁽¹⁾.

L'*in integrum restitutio* n'est donc soumise à aucune règle fixe ; les causes de son obtention, les conditions auxquelles elle est subordonnée, ses effets, la procédure qui l'accompagne sont laissés au pouvoir discrétionnaire du préteur. Ces pouvoirs n'étaient-ils pas excessifs ? la courte durée des fonctions de magistrat, l'intervention possible de ses collègues, garantissaient les citoyens contre les dangers de l'arbitraire.

La restitution ne se présente plus à nous sous cette forme primitive dans le dernier état du droit. Lorsque la domination impériale eut remplacé la république, l'empereur concentrant entre ses mains tous les pouvoirs, le rôle du magistrat s'amoindrit. Le préteur n'ose plus trancher de lui-même les questions qui lui sont soumises, il s'adresse sans cesse à l'empereur pour lui demander des conseils ; le magistrat ayant perdu désormais toute indépendance, ses droits deviennent dangereux.

Nous voyons alors les préteurs fixer à l'avance les conditions auxquelles l'*in integrum restitutio* sera accordée, les jurisconsultes dans leurs commentaires sur l'édit donnent dans des hypothèses nombreuses, leur avis sur son admission ou son refus. Le droit à l'*in integrum restitutio* devient susceptible de prescription ; cette prescription s'accomplit que l'*in integrum restitutio* se réalise sous forme d'action ou d'exception par une année utile ⁽²⁾, et sous Justinien par quatre années continues ⁽³⁾ : « La

(1) Fr. 28, pp. 5 et 6, *Ex quibus causis*, 4, 6.

(2) Inst. Just., p. 5, *De actionibus*.

(3) C. L. 7 pr., *De temp.*, 2, 53. La demande doit être jugée dans ce délai.

règle d'abord imparfaite et qui exigeait l'intervention toute-puissante du magistrat, grandit peu à peu et arrive à sa perfection, de sorte que l'*extraordinarium auxilium* se change en un *commune auxilium* (1). »

C'est cette *in integrum restitutio* transformée, désormais soumise à des conditions précises, que nous aurons à comparer à l'*actio de dolo*. L'action présente avec l'*in integrum restitutio*, ce caractère commun, de n'être accordée que quand il n'existe pas d'autre voie de recours; nous aurons à examiner cette difficulté et à rechercher si les textes nous permettent d'assigner à chacun de ces procédés un domaine distinct.

29. Nous avons dit que l'*in integrum restitutio* fut le premier procédé imaginé par le préteur pour venir au secours de la victime d'un dol, et nous avons rendu vraisemblable cette opinion, en montrant que l'*in integrum restitutio* était une faveur arrachée à la pitié du magistrat tandis que les autres voies de recours, l'action et l'exception de dol, constituaient de véritables droits que l'on réclamait de sa justice. Nous avons même expliqué le petit nombre de textes qui nous sont parvenus sur l'*in integrum restitutio propter dolum*, par la réglementation dont elle fut l'objet, réglementation qui l'assimila de plus en plus aux moyens de droit ordinaires, en la rendant presque inutile. Certains auteurs se plaçant à un point de vue différent, ont cependant contesté l'exactitude de ce classement chronologique; ils ont soutenu que l'action et l'exception de dol étaient antérieures à l'*in integrum restitutio*. A l'appui de leur opinion, ils ont fait remarquer que l'*in integrum restitutio* présentait sur les autres voies

(1) De Savigny, *Traité de droit romain*, t. VII, p. 317.

de recours des avantages considérables, qu'elle se recommandait par des formes plus expéditives, qu'elle procurait la chose réclamée, enfin qu'elle pouvait être opposée à quiconque profitait du dol.

Ces avantages pourront il est vrai se produire, mais il ne faut pas oublier que l'*in integrum restitutio* est une faveur, et qu'alors même que le prêteur l'accorde, ses effets dépendent encore de ses pouvoirs sans contrôle. Est-il donc possible de soutenir que l'introduction de ce droit informe, aurait constitué un progrès sur les autres moyens de répression, l'action et l'exception de dol?

30. L'argument le plus spécieux qui ait été invoqué par les partisans de cette doctrine s'appuie sur un fragment bien connu du *De officiis*. Le banquier Pythius, pour vendre au chevalier Canius une maison de campagne à un prix élevé, use de manœuvres dolosives, et aussitôt le contrat de vente formé, il lui substitue un contrat *litteris*. Les obligations prenant ainsi le caractère *stricti juris*, la victime était sans protection : « *Sed quid faceret? Nondum enim Aquilius collega et familiaris meus protulerat de dolo formulas* ⁽¹⁾. » Avant la préture d'Aquilius Gallus, a-t-on dit, le dol ne tombait pas sous le coup du droit positif, Aquilius Gallus a créé l'action *de dolo* et l'exception *doli*; l'*in integrum restitutio* vint donc plus tard. Pour prouver qu'il s'agit dans ce texte de l'action et de l'exception de dol on a argumenté du mot *formulas*, on a invoqué un autre fragment de Cicéron où la voie de droit créée par Aquilius est qualifiée de *judicium* : « *Inde everriculum malitiarum omnium, judicium*

(1) Cicéron, *De officiis*, l. III, ch. XIV.

de dolo malo, quod Aquilius familiaris noster protulit⁽¹⁾. »

Nous ne contesterons pas à Aquilius Gallus l'honneur d'avoir créé l'action et l'exception de dol, nous nous bornerons à prouver que le dol était puni avant sa préture dans les contrats de droit strict, et nous ôterons ainsi toute force à l'objection de nos adversaires. Le texte auquel nous faisons allusion est emprunté à Plaute⁽²⁾. Une cassette a été perdue par Labrax, elle a été trouvée par Gripus. Labrax promet une somme d'argent à Gripus, si celui-ci lui restitue la cassette perdue; cet objet rendu il refuse de tenir sa parole : *Donne-moi un juge*, dit-il, *si ma promesse n'a pas été le résultat d'un dol, ou si je ne suis pas un mineur de vingt-cinq ans*. Il est probable que le magistrat devait examiner si le dol invoqué était fondé, avant de laisser accomplir devant lui les formalités de la *legis actio*.

Nous pourrions dire, en nous appuyant sur ce texte, que comme nous ne connaissons que trois procédés pour réprimer le dol, l'*in integrum restitutio*, l'action et l'exception, et comme Cicéron nous apprend à quelle époque les deux derniers moyens ont fait leur apparition, il s'agit nécessairement dans la comédie de Plaute, de l'*in integrum restitutio*, se traduisant par un refus d'action. Nous pourrions encore fortifier cette allégation par un texte de Gaïus, qui nous parlant des *legis actiones*, certainement en vigueur du temps où Plaute écrivait, s'exprime ainsi :...

(1) Cicéron, *De nat. deorum*, liv. III, ch. xxx.

(2) Plaute, *Rudens*, acte 5, 3, texte cité par M. Accarias, t. II, p. 1196 : *Cedo quicum habeam judicem, ni dolo malo instipulatus sis, nive etiamdum haud siem quinque et viginti annos natus*.

Nec omnino ita ut nunc usus erat illis temporibus exceptionum (1).

Nous ne croyons pas devoir insister sur ce texte : on pourrait, en effet, objecter que Gaius examine principalement les exceptions au point de vue de leur forme, et qu'il ne veut dire qu'une chose, peut-être naïve, c'est que les exceptions considérées comme parties de la formule, ont fait leur apparition avec le système formulaire. Il serait, en effet, téméraire de soutenir que du temps des actions de la loi, tous les moyens de défense qui n'opéraient pas *ipso jure*, constituaient des *in integrum restitutiones*. Il est fort probable que les lois *Plætoria* et *Cincia*, antérieures à la loi *Æbutia*, si nous plaçons cette dernière en l'an 577 de Rome fondée, produisaient des effets analogues à ceux de l'exception, mais que le mineur de 25 ans et le donateur protégés par ces lois, n'étaient pas obligés de demander au prêteur une *in integrum restitutio*. Quant au texte de Cicéron en contradiction avec celui de Plaute, on l'a expliqué par une conjecture. Au moment où Cicéron écrivait, la substitution du système formulaire aux *legis actiones* n'était pas encore terminée; il est possible que les procédés de répression du dol en vigueur sous le régime des actions de la loi, aient disparu avec lui, et qu'Aquilius Gallus n'ait fait que les remettre au jour, sous une forme en harmonie avec la législation nouvelle.

De la comparaison de ces deux textes, il résulte que les considérations théoriques invoquées au début de ce chapitre subsistent entières : l'*in integrum restitutio* fut le premier procédé de répression imaginé contre le dol.

(1) C. IV, p. 408.

Les textes nous manquent pour faire une preuve directe de cette allégation, mais ils nous fournissent un puissant argument d'analogie dans l'hypothèse de la *metus*. L'exception *metus* parut en dernier lieu ⁽¹⁾; quant à la question de savoir si c'est l'action *Quod metus causa* ou l'*in integrum restitutio propter metum*, qui fut créée la première, la controverse que nous avons trouvée pour le dol se renouvelle ⁽²⁾. Le Fr. 9, p. 2, *Quod metus causa*, 4, 2, nous paraît trancher la question d'une manière péremptoire. Pomponius nous dit, en effet, que quelques auteurs pensent justement que l'affranchissement d'un esclave, la destruction d'une maison déterminés par crainte, sont compris dans l'édit. A l'origine donc la *metus*, qui avait pour résultat un acte matériel, ou un acte juridique, qui n'était pas susceptible de rescision, ne donnait ouverture à aucun recours. N'est-il pas naturel d'admettre que ce recours était alors refusé parce que, d'après la nature même des choses, il était inapplicable, parce que c'était l'*in integrum restitutio*, qui ne peut se concevoir que pour les actes juridiques que le préteur a le droit de faire tomber?

(1) Fr. 4, p. 33, *De doli mali et metus exceptiones*, 44, 4.

(2) Cicéron nous signale une *formula Octaviana* créée par le consul Cnæus Octavius après la dictature de Sylla. Octavius fut consul en 674 de Rome.

SECTION II.

Dol du stipulant.

§ I. *Le contrat n'a pas été exécuté.*

SOMMAIRE.

- 31. De l'exception de dol. A quelle époque fit-elle son apparition ?
- 32. De ses effets.
- 33. Elle peut amener une diminution dans la condamnation.
- 34. Conciliation de cette théorie avec le mécanisme du système formulaire.
- 35. Si l'exception de dol n'avait pas été insérée dans la formule, la victime du dol avait-elle perdu le droit de s'en plaindre ?
- 36. L'exception de dol est perpétuelle.

31. L'*in integrum restitutio* était un moyen de protection fort imparfait; elle constituait en effet une grâce que le magistrat accordait ou refusait, après avoir examiné dans une *cognitio* préliminaire, si la victime des manœuvres lui paraissait dans les circonstances de la cause, plus ou moins digne de compassion. L'*in integrum restitutio* avait en outre le grave inconvénient de ne pouvoir intervenir, que si la personne lésée par les manœuvres frauduleuses, se plaignait d'un acte juridique dont le magistrat pouvait paralyser les effets. C'est sans doute le caractère arbitraire et incertain de ce moyen,

son champ d'application trop étroit, qui déterminèrent le préteur à organiser au profit de la victime du dol deux procédés qui furent des droits, désormais sanctionnés, à moins de déni de justice. Ces armes nouvelles sont l'exception et l'action de dol.

Lorsqu'une personne, sous l'empire de l'erreur engendrée par les manœuvres de son adversaire, s'oblige envers lui par stipulation, elle peut se plaindre à deux moments distincts du préjudice qui lui est causé : avant d'avoir réalisé, ou après avoir exécuté la prestation qu'elle a promise. C'est la première situation que nous allons d'abord examiner.

La victime des manœuvres est poursuivie par le créancier qui réclame contre elle la délivrance d'une formule d'action. Elle demandera au magistrat d'inscrire dans la formule, à la suite de la question principale, une question subsidiaire : la promesse consentie n'a-t-elle pas été faite sous l'empire du dol? Le juge, bien que la prétention du créancier soit fondée d'après les règles de l'*ipsum jus*, devra cependant tenir compte de l'exception insérée.

A quelle époque ce moyen de protection fut-il introduit dans la législation romaine? Nous nous trouvons ici en présence d'une grave difficulté résultant de deux textes contradictoires, du moins en apparence. Si nous nous en rapportons en effet à Cicéron, nous devons croire que c'est Aquilius Gallus, préteur en 688 de Rome, qui créa l'action et l'exception de dol. Comme nous l'avons vu dans la section précédente à propos de l'anecdote de Canius et de Pythius que nous avons rapportée, Cicéron nous dit que Canius était désarmé quand son obligation de payer le prix eut été transformée en obligation *litteris* :

Nondum enim Aquilius... protulerat de dolo formulas. Ce pluriel, le rôle de défendeur que la victime des manœuvres devait jouer dans l'instance, car Cicéron ne nous dit pas que le prix eut été payé, semblent bien indiquer qu'Aquilius, qui créa l'action *de dolo*, organisa également l'exception. D'autre part, nous trouvons au Digeste ce texte : *Metus causa exceptionem Cassius non proposuerat, contentus doli exceptione, quæ est generalis. Sed utilius visum est etiam de metu opponere exceptionem....* (1). Si on croit avec M. Accarias (2) que le Cassius dont il est ici question, est celui que Valère Maxime surnomme le *scopulus reorum*, préteur au milieu du vi^e siècle de Rome, il faut admettre que Cassius est le créateur de l'exception de dol, et ne pas tenir compte du passage de Cicéron. Si on admet au contraire qu'il s'agit d'un Cassius, préteur après Aquilius Gallus, le texte d'Ulpien peut s'interpréter d'une manière satisfaisante; il voudrait dire que Cassius est l'auteur de l'action *quod metus causa*, mais que satisfait de l'exception de dol qui est générale, il ne jugea pas nécessaire de créer une exception *metus*. Cette interprétation n'est pas en contradiction avec le texte de Cicéron qui attribue à Aquilius les formules du dol.

32. L'exception de dol aura pour effet, si le défendeur prouve qu'elle est fondée, de paralyser l'*intentio* dans laquelle le demandeur formule ses prétentions. Pour que l'exception puisse être invoquée devant le juge, elle doit avoir été proposée *in jure* et insérée dans la for-

(1) D. Fr. 4, p. 33, *De doli mali et metus exceptione*, 44, 4.

(2) *Précis de droit romain*, t. II, 1^{re} édit., p. 1043, note 2.

mule ⁽¹⁾. Tandis que l'*intentio* est conçue sous la forme d'une condition positive ⁽²⁾, l'exception prend la forme d'une condition négative ⁽³⁾. C'est ce qu'indique Gaius dans le p. 119, c. IV, de ses Institutes : *Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur, quia adfirmat is cum quo agitur. Nam si verbi gratia reus dolo malo aliquid actorem facere dicat, qui forte pecuniam petit quam non numeravit, sic exceptio concipitur : si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat*. L'exception doit suivre l'*intentio*; le juge n'a, en effet, à examiner l'exception que si le demandeur prouve que ses prétentions sont fondées. L'exception sera le plus souvent placée avant la *condemnatio*; M. Accarias fait en effet remarquer que c'est une habitude romaine de mettre toujours la condition en tête ⁽⁴⁾; nous croyons cependant que dans certains cas elle figurait dans la *condemnatio* elle-même ⁽⁵⁾.

Les parties étant *in jure*, le défendeur qui veut soutenir qu'il a contracté, trompé par le dol de son adversaire, demandera au préteur l'insertion dans la formule d'une exception. Si le dol est évident, et si ce dol a eu pour effet de vicier l'obligation en entier, par exemple une personne qui a stipulé une somme d'argent ne l'a pas versée au promettant ⁽⁶⁾, le magistrat refusera l'action. S'il est

(1) Gaius, p. 125, c. IV. Voir de même Cicéron, *De inventione*, l. II, n° 19, *In jure exceptiones postulantur*.

(2) Gaius, p. 41, c. IV.

(3) Ceci n'est pas rigoureusement exact; la condition se réfère, en effet, nécessairement *ad futurum tempus*. Inst. Just., p. 6, l. III, tit. 15, *De verb. oblig.*

(4) Voir en effet, Inst. Just., *De verb. oblig.*, l. III, tit. 15, p. 4.

(5) Fr. 2 pr., *De exception.*, 44, 1.

(6) Gaius, c. IV, p. 116.

certain au contraire qu'aucun dol n'a été commis, il mettra à la disposition du demandeur une formule *pura*, c'est-à-dire sans exception.

Enfin, s'il y a doute sur l'existence du dol invoqué, ou si ce dol étant démontré, n'est relatif qu'à une partie de l'obligation si, par exemple, un prêteur d'argent qui a stipulé 100 n'a remis que 80 à l'emprunteur, le magistrat délivrera une formule dans laquelle il insérera l'exception de dol (1).

Si le magistrat refuse la formule au demandeur, sa décision aboutit à l'absolution du défendeur. La situation n'est cependant pas aussi avantageuse pour ce dernier, que s'il y avait eu *litis contestatio*, ou si une sentence avait été rendue en sa faveur; il peut toujours craindre, en effet, de nouvelles poursuites. Sans doute, le prêteur refusera vraisemblablement l'action pour les motifs qui l'ont déterminé une première fois, mais la victime du dol ne pourra pas invoquer l'extinction du droit de son adversaire *ipso jure*, ni au moyen de l'exception *rei judicatæ*, ou de l'exception *rei in judicium deductæ*. Si l'action est délivrée pure et simple, le juge ne pourra pas tenir compte dans sa sentence du dol dont le défendeur voudrait se plaindre; ses pouvoirs sont, en effet, déterminés d'une manière rigoureuse par les termes mêmes de la formule, qui lui donne le pouvoir de statuer sur le litige.

33. La troisième hypothèse est de beaucoup la plus importante : le prêteur donne au demandeur l'action qu'il réclame, mais il y insère l'exception de dol. La

(1) Ces solutions sont indiquées à propos de l'exception *jurisjurandi*, Fr. 9 pr., l. XII, tit. 2 : il n'est pas téméraire d'en tirer une règle générale. Voir également la rubrique du tit. 5, l. XLIV, *Quarum rerum actio non datur*, où il est question d'exceptions.

formule est ainsi conçue : *Judex esto* ⁽¹⁾ *si paret N^m N^m A^o A^o sestercium decem millia dare oportere* ⁽²⁾, *et si in ea re nihil dolo malo Aⁱ Aⁱ factum sit neque fiat* ⁽³⁾, *judex N^m N^m A^o A^o sestercium decem millia condemna; si non paret absolve* ⁽⁴⁾.

Le premier devoir du juge sera de vérifier si la prétention du demandeur est fondée. Si la dette n'existe pas, s'il n'y a pas eu stipulation ou si cette stipulation est nulle pour défaut de formes, si l'obligation qui est née a été éteinte par un paiement ou une novation, le juge, sans se préoccuper de l'exception, absoudra le défendeur.

L'existence de l'obligation est démontrée ou elle n'est pas contestée par le défendeur, le juge passera à l'examen de l'exception. C'est à la partie qui l'invoque qu'incombera la charge de la *preuve* : *reus excipiendo fit actor*.

Si le défendeur ne réussit pas à faire voir que le dol dont il se plaint est fondé, le juge le condamnera.

Supposons, au contraire, que le défendeur démontre qu'il s'est obligé sous l'empire de l'erreur engendrée par les manœuvres de son adversaire, quels seront les pouvoirs du juge? Le juge absoudra le plus souvent le défendeur, mais nous croyons cependant qu'il y a des cas, où l'effet de l'exception établie, sera d'amener une diminution dans le montant de la condamnation, et cela même dans l'action de droit strict par excellence la *condictio certæ pecuniæ*. Ce dernier effet ne peut être contesté pour l'époque de Justinien ⁽⁵⁾ et depuis les deux siècles pré-

(1) P. 47, c. IV, Gaius.

(2) P. 41, c. IV, Gaius.

(3) P. 119, c. IV, Gaius.

(4) P. 50, c. IV, Gaius.

(5) Fr. 39, Inst. de Just., *De actionibus*, l. IV, tit. 6.

cédents, dès le moment où le système formulaire a disparu. Il y a, au contraire, un certain nombre d'auteurs qui soutiennent que, lorsque le système formulaire était en vigueur, le juge était placé en présence de cette alternative, condamner le défendeur ou l'absoudre, mais que jamais il n'a eu le droit, tenant compte de la demande reconventionnelle de la victime de dol et appréciant en argent la prétention du demandeur, de condamner le défendeur à la différence qui existait entre ces deux sommes. Ce système s'appuie sur la rédaction même de la formule, sur l'aspect de l'exception (1) dont les effets sont ainsi indiqués par Gaius : *Sed ita formulæ inseritur ut conditionalem faciat condemnationem, id est, ne aliter iudex eum cum quo agitur condemnet, quam si nihil in eâ re qua de agitur, dolo actoris factum sit* (2). Ainsi donc l'exception est une condition et elle en produit tous les effets. Les conditions sont indivisibles dans leur accomplissement, malgré la divisibilité de l'événement auquel elle sont subordonnées; elles ne produisent jamais des effets partiels. L'événement pris comme condition suspensive négative c'est la démonstration d'un fait de dol : juge condamne s'il n'y a pas eu dol. Le juge doit condamner ou absoudre, mais il ne peut dire : Il y a eu un dol qui a produit un préjudice que j'évalue à telle somme, je compense les deux demandes et je condamne le défendeur à l'excédant.

Outre ces considérations séduisantes par leur caractère de rigoureuse logique, les partisans de cette doctrine ont invoqué de nombreux textes, où l'on trouve cette for-

(1) Gaius, p. 119, c. IV.

(2) Gaius, p. 119, c. IV

mule ou d'autres analogues : *Per exceptionem doli mali submoveri potest* (1). Ils ont été plus loin et ont soutenu que le fait par le demandeur, de ne pas réduire ses prétentions, quand le défendeur invoquait l'exception de dol, constituait une *plus petitio*. Ils se sont appuyés sur un texte de Paul ainsi conçu : *Compensatio debiti ex pari specie et causa dispari admittitur, velut si pecuniam tibi debeam et tu mihi pecuniam debeas aut frumentum aut cetera hujusmodi, licet ex diverso contractu, compensare vel deducere debes. Si totum petas plus petendo causa cadis* (2). Si ce dernier texte avait la signification qu'on lui attribue, il faudrait avouer que les expressions qu'il emploie seraient bien défectueuses : la *plus petitio* consiste, en effet, dans l'exagération de la demande formulée dans l'*intentio*, « c'est donc, comme le dit M. Accarias, une chose contradictoire en soi qu'une *plus petitio* qui suppose l'insertion d'une exception. » Le texte dont il s'agit est relatif à l'*argentarius*. Cette compensation toute spéciale entre créances et dettes réciproques, exigeait qu'elles eussent des objets de même nature ; on compensait de l'argent avec de l'argent, du vin avec du vin. Lorsque le banquier formulait une demande qui excédait le reliquat, il succombait par *plus petitio* :... *si facta compensatione plus nummo uno intendat argentarius, causa cadat et ob id rem perdat* (3). Les expressions sont les mêmes que dans le texte de Paul. Nous avons cité d'autres textes où l'effet de l'exception semble bien être l'échec complet du demandeur. Cet effet peut se produire, nous le reconnaissons, mais il n'est pas nécessaire.

(1) Fr. 4, *De exceptionibus*, 44, 1.

(2) Paul, *Sentences*, l. II, tit. 5, p. 3.

(3) Gaïus, c. IV, p. 68.

Examinons en effet le texte de Gaius; que dit-il en définitive? Si le prêteur d'argent qui a stipulé une somme déterminée ne l'a pas versée, si un créancier qui a fait un pacte de remise portant sur la dette entière oublie sa promesse, ils succomberont l'un et l'autre dans la poursuite qu'ils auront intentée. Cet effet est incontestable, car ici la totalité de la demande est viciée, mais Gaius ne nous dit pas que si le prêteur d'argent avait compté moitié de la somme, que si la remise avait porté sur un tiers de la dette, la demande en justice aboutirait à l'échec complet du demandeur.

Cette conséquence nous paraît inadmissible, le prêteur s'est en effet proposé d'introduire par la création de l'exception de dol un système en harmonie avec l'équité; ne serait-il pas étrange que lorsque le dol a causé un préjudice minime, un préjudice de 10, que si la demande principale a pour objet une somme de 100, le demandeur succombe? Le prêteur en réformant la législation ne serait arrivé à faire disparaître une iniquité que par la création d'une nouvelle injustice, il se serait borné à déplacer les victimes. Comment concevoir qu'un tel système ait pu s'établir sans provoquer les protestations de tous les gens de bon sens?

Ces résultats surprenants doivent nous mettre en défiance contre la théorie qui leur sert de base; ils ne sont pas d'ailleurs conformes aux textes. Paul définissant l'exception, nous dit en effet : *Exceptio est conditio quæ modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem* ⁽¹⁾. Peut-on indiquer plus nettement le double effet dont chaque exception est susceptible? Si l'exception re-

(1) Fr. 22 pr., *De except.*, l. XLIV, tit. 1.

vient à dire que la demande entière est dolosive, le défendeur conclut à son absolution; si le dol ne vicie qu'une partie de la demande, le débiteur réclame que la condamnation soit diminuée.

Plusieurs textes font l'application de cette théorie aux actions de droit strict ⁽¹⁾, et notamment à l'action *ex stipulatu* ⁽²⁾ : *Si debitor a furioso delegatus creditori ejus solvat, quem compotem mentis esse existimabat, et ita cum eo agatur; exceptione doli in id quod in rem furiosi processit defenditur.*

34. Nous reconnaissons sans peine que ces allégations si formelles se concilient difficilement avec le mécanisme du système formulaire tel que nous l'avons exposé; l'on se demande comment la formule pouvait permettre au juge de diminuer le montant de la condamnation.

Il est probable que lorsque le défendeur prétendait que les manœuvres ne viciaient la demande qu'en partie, le magistrat insérait dans la formule une exception de dol modifiée. Aucun auteur ne nous donne la construction de cette exception, mais ceci ne doit pas surprendre; la plupart des textes que nous possédons viennent en effet d'une époque où le système formulaire avait déjà disparu. D'après la forme dans laquelle, les personnes qui y avaient droit invoquaient le bénéfice de compétence d'après la place qu'occupait, dans la formule, la *deductio* que l'on opposait au *bonorum emptor*, il est naturel de croire que l'exception du dol, qui ne portait que sur une partie de la demande devait être insérée dans la *condemnatio*

(1) Fr. 16 et 88 pr., et Fr. 1, *ad legem Falcidiam*, liv. XXXV, tit. 2. Fr. 9, p. 1, *De condict. causa data*, liv. XII, tit. 4.

(2) Fr. 16, *De doli mali*, 44, 4. Voir également Fr. 9, p. 1, l. XII, tit. 4, *De condict. causa data*.

et qu'elle était rédigée d'une manière analogue à celle-ci : *N^{um} N^{um} quatenus in ea re dolus malus Aⁱ Aⁱ non erit condemna* (1).

Cette *condemnatio* ainsi restreinte devait produire les mêmes effets que la *deductio* : *Deductio vero ad condemnationem ponitur quo loco plus petenti periculum non intervenit; utique bonorum emptore agente qui licet de certa pecunia agat, incerti tamen condemnationem concipit* (2).

On peut encore admettre que bien que le contrat dont il s'agissait fut de droit strict, le prêteur pouvait donner à l'*intentio* de la formule, les caractères d'une *intentio* de bonne foi en ne délivrant l'action qu'après une *cautio de dolo* (3); enfin à l'aide d'une *præscriptio*, le stipulant pouvait limiter sa demande à ce qui ne serait pas compensé (4).

Les partisans et les adversaires du système que nous avons combattu, admettent pour des motifs différents que les pouvoirs du juge peuvent être ainsi modifiés. Or donc tout le monde reconnaît que lorsque le dol vicie la demande entière le défendeur sera absous, que lorsque le défendeur soutiendra qu'une partie de la demande est entachée de dol, le magistrat modifiera la formule de

(1) M. Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, p. 1217, note 1.

(2) Gaius, c. IV, p. 68.

(3) Tout le monde admet que l'exception peut avoir pour résultat, dans un contrat de bonne foi, la condamnation partielle du défendeur. L'exception de dol insérée dans un contrat de droit strict rend le contrat de bonne foi, a-t-on dit; le même effet doit donc pouvoir se produire. Cet argument n'est pas absolument concluant, l'exception ne rend le contrat de bonne foi que dans une certaine mesure.

(4) Voir Ortolan, *Explication historique des Institutes*, 9^e édition, n° 2190.

façon à permettre une condamnation partielle. La controverse nous paraît se restreindre à une seule hypothèse : Le défendeur réclame son absolution en se fondant sur ce que le dol du demandeur frappe d'invalidité sa créance entière ; le demandeur a stipulé 100, il n'a rien versé, le magistrat délivrera alors l'action, mais il y joindra l'exception de dol : *Si nihil in ea re dolo malo Aⁱ Aⁱ factum sit neque fiat*. Le défendeur ne prouve pas que le prêt n'a pas été effectué, mais il démontre que ce prêt est usuraire, il a promis 100, il n'a reçu que 90. Quels sont alors les pouvoirs du juge ? D'après la doctrine que nous avons combattue, le juge devrait absoudre ; la demande est en effet entachée de dol. Ce résultat est inadmissible. Que l'on compare les deux dernières hypothèses : le défendeur soutient que la demande est viciée pour un tiers le magistrat lui accorde une exception de dol modifiée ; il prouve au juge que sa prétention est fondée, il sera condamné à payer les deux tiers de la dette. Il allègue que la demande du stipulant est viciée en entier, le magistrat insère dans la formule l'exception de dol ordinaire ; *in judicio* il prouve que la demande est excessive, il sera absous ! L'exagération de la prétention du défendeur, amènerait l'échec de celui qui agit : ce serait une sorte de *plus petitio* qui frapperait non pas celui qui s'en serait rendu coupable mais celui qu'elle aurait visé. De telles conséquences dans un système qui se propose de faire entrer l'équité dans la législation, n'indiquent-elles pas que la conception que s'en font les partisans est erronée ? Ici encore nous admettrons que la condamnation peut être diminuée.

35. Il est nécessaire que l'exception de dol ait été insérée dans la formule, pour que le juge puisse prendre

en considération les manœuvres dont se plaint la personne lésée. Si cette insertion n'a pas eu lieu, la victime du dol est-elle sans moyens de recours? Deux hypothèses sont possibles : les parties sont encore *in judicio* ou bien le juge a prononcé la sentence. Dans ce dernier cas la créance que le dol a fait naître ne pourra plus être invoquée, l'exception de dol n'est pas en effet de celles qui négligées au moment où l'action est intentée, sont cependant opposables à l'action *judicati* (1).

Pourra-t-elle cependant être alléguée en appel, si elle n'a pas été insérée dans la formule lors de la première instance? Nous ne le pensons pas; l'appel soumet, en effet, au nouveau juge exactement les mêmes questions que celles sur lesquelles le premier juge devait se prononcer. Une solution contraire devrait être donnée pour les actions de bonne foi, car, comme nous le verrons, l'exception de dol y étant sous-entendue, et le juge de première instance étant donc compétent pour connaître de toutes les demandes basées sur l'équité (2), le juge d'appel avait certainement les mêmes pouvoirs. Les parties sont-elles encore devant le juge, Gaius nous apprend (3) que si c'est par erreur que la personne lésée n'a pas fait insérer l'exception, elle pourra obtenir du magistrat une *in integrum restitutio*, qui lui permettra de faire inscrire dans la formule l'exception omise. Si le défendeur a

(1) Les exceptions qui, non invoquées lors de la demande, pouvaient cependant être opposées à l'action *judicati*, étaient celles auxquelles on n'avait pas le droit de renoncer, les exceptions des S. C. Velléien et Macédonien et le bénéfice de compétence, Fr. 11 *De S. C. Macedoniano*, 14, 6.

(2) Fr. 25, *De adm. tut.*, liv. XXVI, tit. 7.

(3) P. 125, *Inst. Gaius*, c. IV.

connu l'exception et qu'il n'ait pas voulu en user, son droit sera définitivement perdu.

Lorsque le système formulaire eut été remplacé par le système des *cognitiones extraordinariæ*, il ne pouvait plus être question de la nécessité d'insérer l'exception dans la formule. La victime des manœuvres put désormais faire valoir le dol dont elle se plaignait, jusqu'au moment du jugement ⁽¹⁾, c'est ce que les textes expriment en disant que l'*in integrum restitutio* de l'exception omise, sera accordée jusqu'à la fin de l'instance, à la personne qui la réclame. Cette façon de parler n'est pas exacte, car il ne pouvait être question d'une *in integrum restitutio* pour un droit qui subsistait en entier; l'exception de dol constitue désormais une véritable défense. Dès lors, comme la fin du texte le constate, l'exception de dol put être invoquée en appel, bien qu'elle ait été négligée devant le premier juge; cette règle inverse de celle du droit classique est logique; le juge de première instance avait en effet le droit de tenir compte de l'exception, le juge d'appel a la même compétence.

Dans cette nouvelle période, l'exception eut sans discussion le double effet dont nous avons parlé, tantôt elle entraîna l'absolution du défendeur, tantôt elle amena une diminution dans la condamnation ⁽²⁾. L'exception n'avait jamais pu, sous le système formulaire, aboutir à la condamnation du demandeur, et cette décision s'expliquait par les pouvoirs que la formule donnait alors au juge ⁽³⁾. Sous le système des *cognitiones extraordinariæ*, l'excep-

(1) Code, l. 2, *Sententiam rescendi non posse*, 7, 50.

(2) P. 39, Inst. Just., *De actionibus*.

(3) Fr. 18, p. 4, *Commodati vel contra*, 13, 6.

tion perdant son caractère de limitation apportée à la condamnation, constitua une véritable demande reconventionnelle; on comprend que si cette demande représentait un chiffre supérieur à la demande principale, le demandeur pût être condamné à payer des dommages et intérêts au défendeur (1).

36. Jusqu'à quel moment l'exception de dol peut-elle être opposée à la demande du créancier? Elle lui sera toujours opposable, l'exception de dol est, en effet, perpétuelle (2), c'est-à-dire que quelle que soit l'époque à laquelle la demande fondée sur un contrat vicié par des manœuvres, sera intentée, elle sera paralysée par l'exception. Elle est en outre péremptoire, car un droit qui ne peut produire aucun effet, n'existe pas au point de vue pratique. Le jurisconsulte Paul comparant l'action et l'exception de dol, et voulant expliquer pourquoi l'exception est imprescriptible, tandis que l'action est temporaire, nous dit que dans le premier cas la victime des manœuvres agit quand bon lui semble, tandis que dans le second elle attend les poursuites de son adversaire (3). Cette raison n'est pas satisfaisante, car si on la prenait à la lettre, on devrait en conclure que toutes les actions sont temporaires; or, il est de règle qu'en principe elles sont perpétuelles. De plus, toutes les fois qu'une personne aurait à sa disposition un moyen d'attaque à côté du moyen de défense, l'exception devrait être temporaire. Cette seconde conclusion est également fausse; la victime des manœuvres ayant engendré la *metus*, a en effet le choix

(1) Fr. 1, p. 15, *De extr. cognit.*, 50, 13.

(2) P. 121, *Gaius*, c. IV.

(3) Fr. 5, p. 6, *De doli mali et metus except.*, 44, 4.

entre l'action *quod metus causa*, l'exception *metus*, et même l'*in integrum restitutio propter metum*⁽¹⁾, et cependant l'exception *metus* est perpétuelle. Bien plus, nous croyons que dans l'hypothèse même du dol, la partie lésée aura toujours outre l'exception un moyen d'attaque entre les mains.

Cette action ne sera pas l'action *doli* qui est infamante et qui, en conséquence, n'est jamais accordée quand la victime peut invoquer un autre moyen, mais une action *in factum* perpétuelle, qui procurera à la personne trompée une indemnité égale au bénéfice réalisé par l'auteur de la fraude. De même, lorsque la victime des manœuvres se sera obligée, elle pourra avant toute poursuite agir elle-même par une *condictio* pour obtenir sa libération⁽²⁾. Le véritable motif pour lequel l'exception de dol est perpétuelle, c'est qu'il est naturel qu'une personne qui est protégée par une exception et qui n'a pas éprouvé de lésion par suite de l'inexécution de sa promesse, ne soit pas obligée d'agir pour se prémunir contre les dangers d'un préjudice éventuel.

Nous avons supposé qu'un contrat de droit strict vicié par le dol du stipulant n'était pas exécuté, et nous avons été ainsi amené à étudier la forme de l'exception et ses effets. Nous n'avons pas la prétention d'avoir présenté ici une étude complète de l'exception. C'est avec intention que nous avons laissé de côté les hypothèses multiples où elle est applicable, que nous n'avons pas parlé du dol se présentant à l'occasion de l'exécution des conventions, de celui qui peut se produire après la *litis contestatio*.

(1) Fr. 9, p. 3, *Quod metus causa*, 4; 2.

(2) Fr. 1 pr., et Fr. 3, *De condictione sine causa*, 12, 7.

Nous n'avons pas dit que l'exception de dol est générale, qu'elle pouvait être substituée à toutes exceptions ayant pour base l'équité, nous n'avons pas énuméré ses principaux caractères. A qui est-elle opposable? Quels sont les effets du dol réciproque? voilà deux questions importantes qui rentreraient plus facilement dans le cadre que nous nous sommes tracé, nous renvoyons, pour leur développement, à notre premier chapitre où nous avons recherché à quelles conditions le dol était puni par le droit positif romain.

§ II. *Le contrat a été exécuté.*

SOMMAIRE.

- 37. Paiement. *Condictio indebiti*.
- 38. Conditions exigées pour qu'elle prenne naissance.
- 39. La réception de l'indû peut constituer un *furtum*.
- 40. Novation : 1° *inter easdem personas*; 2° *inter novas personas*.
- 41. Constitut.
- 42. Contrat *litteris*.
- 43. *Litis contestatio*. Compensation.

37. Nous avons supposé jusqu'ici que la stipulation entachée de dol n'avait pas été exécutée, et nous avons dit que le promettant n'avait qu'à attendre les poursuites de son adversaire, pour les combattre avec succès à l'aide de l'exception. Nous avons, maintenant, à nous occuper de l'hypothèse où cette créance a été éteinte par le paiement, et à en rapprocher différents cas où elle a été détruite ou paralysée par la naissance d'une obligation nouvelle; le paiement sera-t-il valable? La créance qui résulte de la novation, du contrat *litteris*, du pacte de cons-

titut, de la *litis contestatio* est-elle désormais à l'abri de toute réclamation?

Le débiteur paie sa dette : son obligation n'existait que *subtilitate juris*, elle était, en effet, paralysée par une exception perpétuelle, aussi ce paiement n'éteint-il rien. Le débiteur connaissait-il l'exception qui existait à son profit, il a fait une donation ; a-t-il payé par erreur, un droit nouveau viendra remplacer dans son patrimoine la valeur qui en est sortie et se substituera à l'exception. *Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est* ⁽¹⁾.

Le droit civil vient, en effet, dans cette seconde hypothèse fortifier le droit prétorien, il admet qu'il y a non-seulement indû, quand une personne paie ce qu'elle ne devait pas, quand, par exemple, un héritier délivre des legs en vertu d'un faux testament ou d'un testament inofficieux ⁽²⁾, mais même quand une personne paie une dette qui valable, d'après le *strictum jus*, est paralysée par le prêteur, au moyen d'une exception perpétuelle ⁽³⁾. Cette application nouvelle de la *condictio* qui fit son apparition à une époque que nous ne pouvons déterminer, mais qui est certainement postérieure à celle de la création de l'exception, nous montre bien comment le droit civil et le droit prétorien se soutenaient mutuellement dans la recherche de l'équité. Désormais, la répression de dol fut assurée dans les contrats du droit strict, avant l'exécution par l'exception de dol, après le paiement par la *condictio indebiti*.

(1) Fr. 53, *De regulis juris*, 50, 17.

(2) Fr. 2, p. 1, *De cond. indebiti*, 12, 6.

(3) Fr. 266, *Frag. Vat.* et Fr. 26, pp. 3, 7, *De cond. indebiti*, Dig.

Nous avons dit précédemment que la *condictio indebiti* était accordée à toute personne qui payait une dette paralysée par une exception perpétuelle : cette règle, toujours applicable à l'exception de dol dans l'hypothèse que nous avons supposée, n'est cependant pas absolue. Dans certains cas, l'exception n'est pas tant donnée pour protéger le débiteur que pour punir le créancier. Supposons, par exemple, qu'un fils de famille emprunte de l'argent contrairement au sénatus-consulte macédonien, lorsque le prêteur agira contre lui en remboursement par la *condictio*, il pourra lui opposer l'exception *senatus-consulti macedoniani*, mais si le débiteur devenu *paterfamilias* paie par erreur sa dette, il ne pourra répéter ⁽¹⁾.

Ce n'est pas, en effet, dans une intention favorable au fils de famille, que le droit civil a mis à sa disposition une exception, c'est par haine du créancier dont on a voulu empêcher les opérations dangereuses. Pour expliquer ce refus de la *condictio indebiti*, on admet que le fils de famille reste tenu vis-à-vis du prêteur d'argent d'une obligation naturelle, et l'obligation naturelle servant de cause à un paiement, suffit pour qu'il n'y ait pas indû ⁽²⁾.

38. Les conditions nécessaires pour que la *condictio indebiti* prenne naissance sont au nombre de trois : il faut que la prestation ait été faite à titre de paiement, que le *tradens* ait été dans une erreur excusable, enfin, que l'exception de dol ait existé à son profit.

A qui incombera le fardeau de la preuve? Le *tradens*

(1) Fr. 40 pr., *De cond. indebiti*, 12, 6.

(2) Fr. 64, *De cond. indebiti*.

devra démontrer le paiement et l'existence de l'exception; cette dernière charge lui aurait été en effet imposée s'il avait attendu les poursuites de son adversaire; quant à l'erreur, on a proposé une distinction assez équitable. L'erreur porte-t-elle sur le droit, elle devra toujours être prouvée par celui qui l'allègue; porte-t-elle sur le fait, on la présumera, quand le demandeur aura établi le paiement et l'exception qui le vicie.

La *condictio indebiti* n'exige pas pour sa formation, que l'obligation qui a été payée ait eu pour objet de l'argent ou un corps certain, elle prendra naissance même si la prestation exécutée consiste en un fait ⁽¹⁾ ou dans la création d'une obligation nouvelle ⁽²⁾; dans le premier cas, le *tradens* réclamera la valeur du fait, dans le second, sa libération par acceptilation; la *condictio* sera alors *incerta*.

Lorsque l'obligation a pour objet un *res* et non un fait ou une abstention, le *tradens* qui paie malgré l'exception de dol qui le protégeait perd la propriété de la chose livrée : une action personnelle, la *condictio* la remplace. Qu'obtiendra-t-il au moyen de cette action? L'*accipiens* lors du paiement avait-il connaissance de l'exception de dol, qui pouvait lui être opposée, il devra restituer tout ce qu'il a reçu et les accessoires de la chose, tels que les fruits, le *partus ancillæ*, l'alluvion, les acquisitions faites par un esclave. Mais si le *tradens* a payé une somme d'argent, l'*accipiens* n'en devra pas les intérêts même à partir de la *litis contestatio*; la situation de l'*accipiens* n'en sera pas cependant améliorée, car au moment où la *con-*

(1) Fr. 26, p. 12, *De cond. indebiti*.

(2) Fr. 31 et 39, *De cond. indebiti*.

dictio sera intentée, les parties procéderont à la *sponsio tertix partis* comme dans toutes les hypothèses où il y a eu *credita pecunia* (1).

Si l'*accipiens* a reçu le paiement de bonne foi, c'est-à-dire sans connaître le dol qui a vicié l'obligation lors de sa naissance, l'équité qui sert de base à la créance du *tradens* exige que l'*accipiens* n'éprouve aucun préjudice, qu'il ne soit condamné que dans les limites de son enrichissement. Le *tradens* a été en faute de reconnaître une créance inefficace, et l'*accipiens* est fort excusable de ne pas avoir recherché si l'obligation que le débiteur était disposé à payer, n'était pas entachée de quelque vice.

Enfin si le créancier ignorant l'exception lors du paiement l'apprend plus tard, on devra appliquer les deux solutions précédentes, il devra ce dont il s'était enrichi au moment où il est devenu de mauvaise foi, et il devra, à partir de la même époque, tous les accessoires sans qu'on ait à se préoccuper de savoir s'il en a tiré ou non profit.

39. La mutation de propriété se produit sans contestation lorsque l'*accipiens* était lui-même dans l'erreur au moment où il a reçu l'indû, mais elle se réalisera même dans le cas où l'*accipiens* ne l'était pas, c'est-à-dire dans notre hypothèse, s'il connaissait l'exception de dol : la seule arme que le *tradens* aura à sa disposition sera donc la *condictio indebiti*.

Dans d'autres hypothèses, il est vrai, la réception de l'indû constitue un véritable *furtum* donnant naissance à la revendication, à la *condictio furtiva*, à l'action *furti*.

(1) C. I, l. IV, tit. 5, Code.

Pour qu'il en soit ainsi il faut que l'*accipiens* ait usé de manœuvres frauduleuses pour amener le *tradens* à faire un paiement, mais il faut en outre que ces manœuvres aient eu pour résultat de tromper ce dernier sur l'identité de l'*accipiens*; le *tradens* était bien débiteur, mais celui qui s'est fait passer à ses yeux pour le créancier Titius, était en réalité Sempronius. Le véritable motif pour lequel il y a vol, c'est qu'il n'y a pas eu mutation de propriété, car il s'est produit une erreur sur la personne de l'*accipiens*, erreur destructive du consentement (1).

40. Nous avons examiné l'effet du paiement sur une obligation paralysée par l'exception de dol, nous avons maintenant à rechercher quelle sera l'influence d'actes analogues, sur un droit vicié par les manœuvres, qui se sont produites lors de sa formation. Supposons qu'une novation soit intervenue, la novation se réalise par une stipulation; son effet sera de substituer une nouvelle dette à la dette ancienne. Cette créance succédera-t-elle aux défauts de la créance qu'elle remplace ou sera-t-elle purgée des imperfections qui l'entachaient?

Des distinctions sont nécessaires : la novation est-elle intervenue *inter easdem personas*? si le débiteur a agi en connaissance de cause, il a par là même renoncé à se prévaloir de l'exception; la nouvelle obligation est pleinement valable. Si, au contraire, le débiteur a nové étant encore dans l'ignorance des manœuvres dont il était victime, la nouvelle obligation toujours efficace d'après le droit civil, sera considérée comme imparfaite par le droit prétorien. L'équité serait blessée si le débiteur pouvait être contraint à acquitter une dette ainsi viciée, il oppo-

(1) Fr. 43 pr. et Fr. 80, p. 6, *De furtis*, 47, 2.

sera donc avec succès à l'action du créancier une exception *in factum* fondée sur son erreur ou encore l'exception de dol (1); s'il a exécuté sa nouvelle obligation, comme il a payé bien que protégé par une exception perpétuelle, il aura à sa disposition la *condictio indebiti*.

Supposons que la novation ait eu pour résultat de changer les personnes unies par le lien de droit, sans force à cause de l'exception de dol, deux hypothèses doivent être examinées : il y a changement de créancier ou changement de débiteur.

A. Un nouveau débiteur a pris la place de l'ancien; ce nouveau débiteur a-t-il agi spontanément, nous distinguerons s'il s'est engagé en connaissance de cause ou par erreur. Dans le premier cas, l'obligation viciée est confirmée, dans le second l'*expromissor* pourra invoquer l'exception *in factum* ou la *condictio indebiti* contre le créancier, mais dans ces deux cas il n'aura pas de recours contre le débiteur qu'il a remplacé.

Si le nouveau débiteur a été délégué au créancier de l'obligation viciée, et s'il a payé ignorant le dol qui paralysait la dette du délégant, il sera hors de cause, mais le délégant pourra agir contre le délégataire à l'aide d'une *condictio*. S'il n'a pas payé, le délégant obligera le délégataire à libérer le délégué et l'ancienne créance entre le délégué et le délégant revivra.

B. La novation s'est-elle opérée par changement de créancier, le débiteur délégué ne pourra opposer au créancier délégataire l'exception de dol qui aurait amené l'insuccès de la demande du délégant. Le débiteur avait-il en effet connaissance de l'exception? Il y a renoncé

(1) P. 1, *De except.*, Institutes Just.

en acceptant la délégation et, nous disent les textes, *si-milis videtur ei qui donat*.

L'ignorait-il lorsqu'il sera poursuivi par le délégataire il devra le payer, mais il pourra recourir par une *condictio* contre le créancier primitif. Au moyen de cette *condictio* il obtiendra la valeur de la chose payée et s'il n'a pas payé, il obligera le délégant à obtenir la remise de la dette du délégataire (1).

Le débiteur ne peut opposer au délégataire les exceptions qui existaient en sa faveur, celui-ci a fait une affaire *suum recepit*. C'est en vain que le débiteur alléguerait son ignorance, on lui répondra qu'il lui était plus facile de connaître les vices de sa dette qu'au délégataire (2).

Ce principe comporte cependant une exception. Si le délégataire n'était pas créancier du délégant, la délégation a eu pour but de réaliser une donation. Le délégué pourra repousser la demande du donataire en lui disant : Tu commets un dol en me poursuivant, *certas de lucro captando, certo de damno vitando*. Bien plus ici encore le promettant pourra agir contre le stipulant au moyen d'une *condictio*, pour l'obliger à le libérer au moyen d'une acceptilation (3).

41. Supposons qu'un constitut intervienne à propos d'une créance paralysée par l'exception de dol. Le pacte de constitut est une convention par laquelle une personne prend un arrangement pour payer une dette préexistante, soit au créancier originaire, soit à une autre personne. Le constitut se décompose en deux actes distincts, un

(1) Fr. 12, *De novat.*, 46, 2.

(2) Fr. 19, *de novat.*, 46, 2.

(3) Fr. 7 pr., et p. 1, *De doli mali et metus emptione*, 44, 4.

pacte de remise consenti par le créancier à son débiteur, et une convention nouvelle, la convention de constitut créatrice de l'obligation qui doit prendre place de l'ancienne. Le prêteur déroge ici à la vieille règle *ex nudo pacto actio non nascitur*, il soustrait les parties à la nécessité de la stipulation, soit qu'il considère que la manifestation réitérée de la volonté d'une personne présente des garanties suffisantes, soit qu'il veuille punir la déloyauté d'un débiteur qui, après avoir renouvelé sa promesse, se refuse à l'exécuter.

Pour que le constitut soit obligatoire, il faut qu'il s'appuie sur une créance déjà existante, c'est ainsi qu'il ne pourrait servir à rendre efficace une promesse d'ouverture de crédit ou de donation. Il est donc nécessaire qu'il y ait *debitum*; si la créance valable *jure civili* est paralysée par le droit prétorien, si par exemple un débiteur s'est obligé par stipulation, trompé par le dol de son adversaire, cette créance ne pourra pas servir de fondement à un constitut. La dette à laquelle on peut opposer une exception perpétuelle est inexistante pour le prêteur ⁽¹⁾; le constitut sera nul. Si l'exception laissait cependant subsister une obligation naturelle, cela suffirait à la validité de la convention ⁽²⁾.

Nous avons supposé jusqu'ici que le débiteur avait consenti à la modification de sa première dette, ignorant le vice qui l'entachait, mais si le pacte a été fait en connaissance de cause, il faudrait y voir une renonciation par le débiteur à se prévaloir de l'exception qui existait à son profit. De même qu'un simple pacte peut faire naître

(1) Fr. 3, p. 1, *De pec. constituta*, 13, 5.

(2) Fr. 1, p. 7, *De pec. const.*

une exception, de même un pacte peut la faire disparaître, et il est naturel d'admettre que le constitut a été alors employé pour ratifier une obligation rescindable.

42. A côté du paiement, de la novation, du constitut nous trouvons le contrat *litteris*. Ce contrat se formait par une double inscription sur le registre du créancier de la somme, qui était l'objet de l'obligation. Il était fort imparfait car le débiteur y jouait un rôle passif : *Cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur alius promittat et in nominibus alius expensum ferendo obliget, alius obligetur* ⁽¹⁾. Il disparut donc bientôt, c'était en effet la forme des contrats d'un pays où les créanciers, gens d'une caste supérieure, faisaient la loi. Les textes nous ont laissé peu de renseignements sur cette forme de s'obliger, et il est peut-être téméraire de conjecturer l'influence que le dol exerçait sur les contrats de cette nature.

Si nous nous en rapportons à Gaïus ⁽²⁾, le contrat littéral permettait d'atteindre deux résultats différents. Le *transcripticiū nomen* s'opérait tantôt *a re in personam*, tantôt *a persona in personam*. Dans le premier cas, il avait pour but de simplifier un droit de créance, de lui conférer un caractère nouveau. Dans l'anecdote que Cicéron conte sur Canius et Pythius, le contrat *litteris* avait transformé l'obligation de l'acheteur de payer le prix, obligation d'équité et de bonne foi, où l'*arbiter* pouvait tenir compte du dol, en obligation stricte et rigoureuse dont l'objet n'était plus le prix d'une vente, mais une somme *in abstracto*. A l'époque où le fait se passa, la victime des

(1) P. 137, Gaïus, c. III.

(2) P. 128 à 130, c. III.

manœuvres était sans protection, mais Cicéron nous donnant ce motif qu'Aquilius Gallus n'avait pas encore créé les formules du dol, nous dit par là même que dès la préture de ce magistrat, quand une obligation entachée de dol servait de base à un contrat *litteris*, le contrat nouveau n'était pas sanctionné par le prêteur : l'arme donnée à la victime était sans doute l'exception avant l'exécution, et après la *condictio indebiti*.

La *transcriptio a persona in personam*, servait à déplacer activement ou passivement un droit de créance. De même que la stipulation, le contrat *litteris* permettait de consommer une délégation, c'est-à-dire un arrangement consensuel, ayant pour objet de changer les personnes unies par un rapport de droit. Lorsque des manœuvres frauduleuses avaient vicié l'obligation primitive, l'exception du dol était-elle opposable à la demande fondée sur le contrat nouveau? Si le paiement avait été effectué, pouvait-on intenter une *condictio indebiti*? L'affirmative doit ici être admise malgré l'absence de textes, de même que s'il y avait eu novation. De plus l'affirmative ne comportait sans doute aucune restriction, car si le débiteur joue dans le contrat *litteris* un rôle passif, il est naturel de penser que ce contrat ne pouvait avoir pour effet de confirmer une obligation paralysée par l'exception du dol.

43. La *litis contestatio* c'est la délivrance par le magistrat de la formule réclamée par le demandeur, elle suppose la présence du défendeur, son consentement à lier l'instance; les Romains ne connaissaient pas, en effet, la procédure par défaut. Cet acte juridique constitue une sorte de contrat, aussi est-il fréquemment qualifié par les textes de *judicium acceptum*. Il paraît étrange au

premier abord de faire rentrer dans la catégorie des contrats, actes qui ne peuvent se comprendre sans qu'il y ait volonté, *la litis contestatio*; ne voyons-nous pas cependant des stipulations prétoriennes ou judiciaires, dans lesquelles le promettant ne répond que contraint et forcé?

La *litis contestatio* produit un double effet, un effet extinctif et un effet créateur. Le droit invoqué, par le demandeur, disparaît ou est paralysé ⁽¹⁾, un droit nouveau prend naissance : *Ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem judicatum facere oportere* ⁽²⁾. Comme la stipulation, le contrat *litteris* et le constitut, la *litis contestatio* peut intervenir *inter easdem personas*, ou *inter novas personas* : elle pourra donc avoir pour effet de changer le débiteur ou le créancier de l'obligation primitive.

Lorsque l'obligation ainsi transformée était susceptible d'être paralysée par l'exception de dol, le même vice entachait-il la créance nouvelle? Nous avons déjà résolu cette question et nous renvoyons aux développements que nous avons donnés en étudiant l'exception de dol.

L'exception pourra être restituée à la victime des manœuvres, qui a laissé délivrer contre elle dans l'ignorance du dol, une *formula pura*. Sous le système des *cognitiones extraordinariæ*, l'exception put être invoquée jusqu'au moment où le jugement était rendu.

Enfin, si nous rapprochons des différentes causes d'extinction ou de paralysie des créances, un fait qui produit des résultats analogues, la compensation, nous voyons que

(1) P. 484, c. III, Gaius.

(2) P. 480, c. III, Gaius.

l'obligation à laquelle on peut opposer une exception péremptoire, ne pourra être invoquée sous la forme d'exception de dol contre une demande du débiteur : *Quæcunque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt* ⁽¹⁾.

SECTION III.

Dol du promettant.

§ I. *Cautio de dolo.*

SOMMAIRE.

- 44. Moyens de répression du dol commis par le promettant.
- 45. Exemples de faits de dol émanant du débiteur.
- 46. *Cautio de dolo*. Son utilité.
- 47. De sa forme et de ses effets.
- 48. De l'influence qu'exerça la création de l'exception et de l'action de dol sur le rôle de la *cautio*.
- 49. La *cautio de dolo* peut être prétorienne ou judiciaire.

44. Nous avons montré comment le dol était réprimé dans les contrats de droit strict, et il semble résulter de l'examen que nous avons fait, que dans toutes les hypothèses la victime des manœuvres était protégée; nous n'avons pas encore cependant complètement exposé le système de répression créé contre le dol. Sans doute, si le promettant avait eu la précaution de faire insérer par le prêteur, l'exception de dol dans la formule, il était

(1) Fr. 14, *De compens.*, 16, 2.

protégé; sans doute encore après l'exécution, l'exception qui avait vicié le paiement, lui permettait d'intenter la *condictio indebiti*, mais il ne faut pas oublier que l'exception est un moyen de défense. Les procédés que nous avons examinés, protégeaient d'une manière efficace le débiteur, dont la situation est particulièrement digne d'intérêt; il nous reste maintenant à faire voir comment le créancier lésé par les manœuvres du promettant, obtenait réparation du dol dont il était victime. Ces moyens sont au nombre de deux : le premier, l'action *de dolo* lui était accordé par le prêteur; le second, la *cautio de dolo* avait pour origine la convention des parties. Il semblerait logique d'étudier d'abord l'arme que le droit lui-même fournit au stipulant, avant de se préoccuper du recours que sa prudence lui a donné; nous ne suivons pas cependant cet ordre. L'*actio de dolo* fit en effet son apparition après la *cautio de dolo*; elle n'était accordée qu'autant que l'action *ex stipulatu* n'existait pas, enfin la *cautio de dolo* est devenue de style dans la conclusion des contrats de droit strict, et elle fut obligatoire dans maintes hypothèses lorsque les parties étaient en présence du juge ou du prêteur. L'ordre historique, le caractère exceptionnel de l'action *de dolo*, la circonstance que la *cautio de dolo* fut sous-entendue ou fréquemment imposée et qu'elle constitua ainsi une arme légale, nous engagent à nous occuper d'abord de la *cautio de dolo*.

45. On ne voit guère au premier abord comment celui qui est le sujet actif d'un rapport de droit, peut éprouver quelque préjudice par le dol de son adversaire, qui a eu pour résultat de lui procurer une créance. Le promettant par ses manœuvres peut faire croire que l'objet

qu'il s'engage à livrer a des qualités qui lui manquent, il peut cacher les défauts qui en diminuent la valeur, qu'importe, les bénéfices seront inférieurs à ceux que le stipulant espérait, mais ils n'en subsisteront pas moins; il vaut mieux avoir une chose viciée que ne rien avoir. On peut cependant supposer que la chose ainsi donnée cause plus tard un préjudice à celui qui l'a obtenue; c'est un cheval atteint d'une maladie contagieuse, qui transmet le mal dont il souffre aux animaux parmi lesquels on le place. On pourrait encore prévoir le cas où le promettant, après s'être engagé à livrer une chose, en diminue la valeur en la grevant d'hypothèques ou de servitudes; cette dernière hypothèse ne rentrerait pas dans notre cadre, car elle est relative au dol se produisant lors de l'exécution d'une obligation, et nous nous sommes proposé d'étudier le dol dans la formation des contrats. Dans les deux exemples que nous avons cités, le donataire, bien qu'il ne doive pas garantie, sera cependant responsable du dommage qu'il a causé, car il répond toujours de son dol ⁽¹⁾. La mauvaise foi qui se manifeste dans les actes à titre gratuit, n'a au point de vue pratique, qu'une importance restreinte; les actes à titre gratuit sont en effet rares, et le dol qui aura pour but d'amener une personne à accepter une donation, nécessite des circonstances particulières, qui montrent combien l'hypothèse est exceptionnelle.

Si la stipulation n'avait que la sphère d'application, que nous avons supposée, si elle avait pour but unique de sanctionner des conventions unilatérales, le dol du promettant ne nous arrêterait pas. Mais il est possible que

(1) Fr. 62, *De ædil. edicto*, 21, 1.

sous cette forme se déguise une convention synallagmatique. La stipulation est, en effet, une sorte de moule dans lequel les parties jettent leurs volontés, pour leur imprimer le caractère obligatoire. Prenons par exemple la vente; la vente est un contrat faisant naître des obligations réciproques à la charge du vendeur et de l'acheteur; ce contrat se forme par le seul consentement des parties, mais si ces parties veulent donner à leurs obligations le caractère rigoureux des conventions de droit strict elles pourront recourir à deux stipulations; l'acheteur stipulera la chose, le vendeur stipulera le prix. En fait, les deux stipulations seront la cause l'une de l'autre; si Primus a répondu à l'interrogation de Secundus, c'est que Secundus promettait à son tour, mais en droit les deux obligations sont indépendantes; la stipulation de l'acheteur n'est-elle pas valable faute d'objet, la stipulation du vendeur n'en sera pas moins efficace. C'est dans les stipulations de cette nature que l'on comprend les dangers que pouvait faire courir au stipulant le dol du promettant. Le stipulant s'est fait promettre l'esclave Stichus, mais dans une autre stipulation où il a répondu au lieu d'interroger il a promis 100 : si l'esclave est vicieux, s'il n'a pas de pécule et que ce soit le débiteur qui par ses manœuvres, ait trompé le créancier, on comprend que l'équité exige que sa mauvaise foi soit punie.

Le dol peut encore intervenir lors de l'exécution d'une obligation. Primus stipule de Secundus l'esclave Stichus; l'obligation contractée a pour objet la dation de l'esclave. Cette prestation accomplie, le débiteur est libéré, il n'y a pas à rechercher si l'esclave est hypothéqué ou s'il a été empoisonné; les termes d'une stipulation doivent s'interpréter rigoureusement.

46. Le premier des moyens imaginés pour venir au secours du créancier fut la *cautio de dolo*. Cette promesse de s'abstenir de tout dol a été pratiquée dans les temps les plus anciens; on en trouve la preuve dans les formes primitives du contrat de vente, qui sont indiquées par les textes. La vente peut se réaliser par deux stipulations : ce procédé qui fut toujours applicable, a dû être obligatoire à une certaine époque. Quelles sont, en effet, les obligations du vendeur? *Venditori sufficit ob evictionem se obligare, possessionem tradere, et purgari dolo malo* (1).

N'est-il pas étrange que cette obligation pour le vendeur, de s'abstenir de dol, soit signalée? La vente étant, en effet, un contrat de bonne foi, emporte pour les deux parties l'obligation de se comporter loyalement, tant lors de la conclusion du contrat que lors de son exécution. Cette mention expresse est un souvenir de l'ancien droit; l'acheteur stipulait alors *vacuam possessionem, duplam pretii*, mais comme le contrat *stricti juris* n'obligeait le débiteur qu'à ce qu'il avait formellement promis, l'acheteur prudent stipulait en outre *dolum malum abesse abfuturumque*. Lorsque la vente devint un contrat consensuel, les jurisconsultes se souvenant du temps où la *cautio de dolo* était nécessaire, continuèrent à mettre en relief l'obligation du vendeur. C'est ainsi que Proculus nous dit que souvent dans les ventes on ajoute cette clause accessoire *dolus malus a venditore aberit*, et qu'alors qu'elle ne serait pas insérée, elle sera sous-entendue (2).

47. Dans quelle forme cette promesse d'abstention était-elle contractée? Tantôt elle constituait une stipula-

(1) Fr. 1 pr., *De rerum permutatione*, 19, 4.

(2) Fr. 68, p. 1, *De contr. emptione*, 18, 1.

tion isolée, le débiteur promettait *dolum malum abesse abfuturumque*. Dans cette hypothèse l'obligation principale conservait son caractère *stricti juris*; le débiteur avait-il commis un acte de dol, le contrat n'en était pas moins valable, mais au moyen de la *condictio incerti*, que la *cautio de dolo* avait engendrée, le stipulant se faisait indemniser de tout le préjudice que lui causait le dol du promettant : *Si id quod aurum putabam cum æs esset, stipulatus de te fuero, teneberis mihi hujus æris nomine quoniam in corpore consenserimus, sed ex doli clausula tecum agam si sciens me fefelleris* ⁽¹⁾.

Tantôt les parties se contentaient d'insérer dans la stipulation, les mots *bona fide*, *recte fide* ou le simple mot *recte*. Dans ces hypothèses, l'action qui naissait de la stipulation n'était pas de bonne foi, et M. de Savigny fait remarquer qu'elle devait être portée non pas devant un *arbiter*, mais devant un *judex*; mais le *judex* devait se décider d'après les règles de l'équité comme l'aurait fait l'*arbiter* lui-même dans une action de bonne foi : *Hæc verba in stipulatione posita : eam recte restitui, fructus continent. Recte enim verbum pro viri boni arbitrio est* ⁽²⁾.

Il arrivait quelquefois que cette *cautio de dolo* était sous-entendue par le législateur; nous voyons en effet Justinien substituer l'action *ex stipulatu* à l'action *rei uxoriæ*; cette action repose sur une stipulation fictive. Justinien ajoute que l'action *ex stipulatu* sera de bonne foi : cette façon de parler est inexacte, une action qui naît d'une stipulation est nécessairement de droit strict.

(1) Fr. 22, *De verb. oblig.*, 45, 1.

(2) Fr. 73, *De verb. significatione*, 50, 16.

L'empereur sous-entend ici la *cautio de dolo*, et, ainsi qu'il l'exprime au Code en parlant de l'action *ex stipulatu* : *accommodetur ei natura rei uxoriæ et bonæ fidei beneficium* ⁽¹⁾.

48. Nous avons dit que lorsqu'un contrat à titre onéreux se concluait au moyen de deux stipulations, la *cautio de dolo* était nécessaire pour que le dol d'une des parties fût réprimé. Cette promesse accessoire qui était jointe à la vente à l'origine, ne fut plus indispensable dès que l'exception de dol fit son apparition en droit romain. Supposons en effet une vente, Primus stipule une chose, Secundus une somme d'argent. Y a-t-il du vendeur, l'acheteur repoussera la demande du prix par une exception; le prix a-t-il été payé, il pourra le réclamer au moyen de la *condictio indebiti*. Si nous supposons que c'est l'acheteur qui s'est rendu coupable de manœuvres frauduleuses, le même raisonnement conduira à des résultats identiques. Pour trouver une hypothèse où la *cautio de dolo* présentera de sérieux avantages pour le créancier, ou si elle n'existait pas il n'aurait que l'action de dol, il faut supposer que la convention s'est effectuée non pas par deux stipulations, mais par un acte translatif de propriété, une tradition ou une mancipation, servant de cause à une stipulation qui l'accompagne. Dans cette hypothèse, si la convention qui s'est réalisée au moyen d'un transfert de propriété et d'une stipulation, est viciée par le dol du promettant, qui a trompé par des manœuvres le stipulant sur la valeur de la chose qu'il s'engageait à lui livrer, le stipulant n'aurait d'autre recours que l'action *de dolo*. Lorsque celui-ci a fait la

(1) L. uni., p. 2, Code, *De rei uxoriæ actione*, §, 13.

mancipation de l'objet, il n'a pas accompli une obligation antérieure, il ne pourra donc dire : J'ai payé protégé par une exception perpétuelle, il n'aura donc pas la *condictio indebiti*. Il n'aura pas non plus l'exception de dol, car il ne joue pas le rôle de défendeur, mais s'il a eu la précaution de faire promettre à son débiteur de s'abstenir de tout dol, il pourra, au moyen de l'action *ex stipulatu*, obtenir la réparation du préjudice dont il souffre.

Pour que la *clausula doli* puisse intervenir, il faut supposer qu'il existe déjà un rapport juridique entre deux personnes. Elle provient toujours du débiteur, celui-ci affirme qu'il n'a pas commis de dol, et il s'engage à exécuter de bonne foi la prestation qui lui incombe.

Le stipulant n'a pas à faire cette promesse accessoire; il ne doit en effet rien. Cependant lorsque cette convention constituait une clause de l'obligation principale, les deux parties devaient s'abstenir de tout acte contraire à l'équité, bien que le débiteur seul se fût engagé. Tel est le caractère de réciprocité attaché à la *bona fides* que la *doli clausula* atteint le stipulant *qui dolo fecit*, il en résultait que lorsque le créancier poursuivait le débiteur, celui-ci n'était plus obligé de faire insérer l'exception de dol dans la formule, celle-ci y était sous-entendue (1).

La *cautio de dolo* peut intervenir non-seulement lors de la formation d'un contrat, mais lors de son exécution. Primus a promis à Secundus l'esclave Stichus, Secundus n'a pas eu la précaution d'exiger de lui à cette époque la *clausula doli*. Quand le débiteur voudra se libérer, le

(1) De Savigny, t. V, appendice XIII, p. 17, note d.

créancier pourra lui dire : Rien ne me prouve que le paiement que vous me proposez ne soit utile, promettez-moi de vous abstenir de tout dol.

49. Nous avons parlé jusqu'ici de la *cautio de dolo* conventionnelle; cette stipulation qui dépend alors de la volonté des parties, peut aussi être nécessaire, c'est-à-dire imposée par l'autorité. Dans ce dernier cas, elle sera judiciaire ou prétorienne.

La stipulation de dol peut être judiciaire. Primus revendique contre Secundus l'esclave Stichus; les parties sont devant le juge. Pendant l'instance, l'esclave a été usucapé par Secundus, le juge ne devra condamner celui-ci que s'il refuse de retransférer la propriété de l'esclave. Il est à craindre que le possesseur devenu propriétaire n'ait affranchi ou hypothéqué Stichus; pour prémunir le revendiquant contre ce danger, le juge exigera une *cautio de dolo* (1).

Cette promesse peut être faite devant le préteur. Un délit est commis par un esclave, son maître voulant éviter la condamnation refuse de le défendre et réalise l'abandon noxal. Comme le maître aurait pu empoisonner l'esclave avant d'en transférer la propriété, le préteur l'obligera à faire une *cautio de dolo* (2).

(1) Fr. 18, *De rei vindicatione*, 6, 1.

(2) Fr. 32, *De nox., act.* 9, 4.

§ II. *Action de dolo.*

SOMMAIRE.

- 50. L'action *de dolo* n'est pas une action en rescision mais une action pénale. Quand fut-elle créée?
- 51. Conditions exigées par l'édit pour son obtention.
 - A. *Si justa causa esse videbitur.*
 - B. *Si de his rebus alia actio non erit.*
- 52. Pour quels motifs le prêteur a-t-il introduit ces conditions restrictives?
- 53. Dérogations au principe que l'action *de dolo* est subsidiaire.
- 54. La possibilité d'obtenir l'*in integrum restitutio* n'exclut pas l'action *de dolo*.
- 55. Hypothèses où l'action *de dolo* servira à réparer les conséquences d'un dol, commis lors de la formation d'un contrat.
- 56. Principaux caractères de l'action *de dolo*. Elle est pénale *a parte rei* et le plus souvent arbitraire.
- 57. Des actions *in factum* qui peuvent remplacer l'action *de dolo*.

50. Le second moyen de répression contre le dol commis par le promettant, est l'action *de dolo*. L'action *de dolo* n'est pas une action en nullité ou en rescision du contrat, fondée sur l'altération de volonté, résultant de l'erreur engendrée par les manœuvres; c'est une action pénale, qui a pour origine un véritable délit. Le prêteur voit dans les manœuvres dolosives, qui ont présidé à la formation du contrat, des actes illicites et dangereux, et se conformant à la théorie des *delicta privata*, il constitue la personne lésée créancière d'une amende, que le coupable devra payer. L'action *de dolo* est l'analogue de l'action de l'article 1382 du Code civil; comme cette dernière, elle a pour but de poursuivre la réparation d'un

préjudice causé sans droit à autrui. Mais tandis que notre Code a fait de cette action une action réparatrice, le droit romain, par une tendance que l'on retrouve dans la plupart des législations primitives, a créé un délit là où il voulait reconnaître un droit. Cette théorie qui constituait un progrès sur l'état des choses antérieur, dans lequel la personne lésée n'avait que le droit de vengeance, était cependant bien imparfaite. Aussi tandis que nous voyons le rôle de l'action *de dolo* grandir dans toutes les hypothèses, où le coupable et la victime n'étaient pas unies par un rapport de droit, quand le préteur découvrait une injustice à réparer, nous voyons son champ d'application se restreindre dans tous les cas où le dol s'est produit à l'occasion d'une obligation.

Prenons en effet deux exemples qui montreront combien cette action perdit de son importance en matière contractuelle. Pendant longtemps on a contesté que le *facio ut des* et le *facio ut facias* puissent rentrer dans les contrats innommés; quelle était en définitive la question en litige? Certains auteurs voyaient dans l'exécution d'un fait, en vertu d'une convention, une cause suffisante pour qu'un contrat pût se former, ils le sanctionnaient par l'action *præscriptis verbis*; d'autres pensaient qu'il n'y avait pas contrat, mais ils admettaient que le manque de parole de celui qui avait bénéficié de l'acte, constituait un délit qu'ils punissaient par l'action *de dolo*. Quand on reconnut unanimement la formation d'un contrat, le résultat de ce progrès fut la disparition de l'action *de dolo*.

Un créancier a un débiteur principal et un fidéjusseur; le fidéjusseur détruit la chose due, le créancier est libéré, car pour lui la destruction est un cas fortuit, et comme l'accessoire ne peut subsister sans le principal,

l'obligation de la caution s'évanouit ⁽¹⁾; la caution pourra être poursuivie par l'action *de dolo*. Plus tard on admit qu'une personne ne pouvait pas se libérer par son fait, et on donna contre le débiteur accessoire l'action *ex stipulatu utilis* ⁽²⁾. Ici encore, l'action *de dolo* disparut avec les progrès du droit. L'action *de dolo* fut créée par Aquilius Gallus; Cicéron qui devinait déjà toute son importance, la qualifiait de *everriculum malitiarum omnium* ⁽³⁾, c'est-à-dire de filet où viennent se prendre toutes les manœuvres.

51. A quelles conditions l'action *de dolo* était-elle accordée? Outre les conditions générales exigées pour qu'un acte de dol fit naître le droit à une indemnité, cette action était soumise à des règles propres. L'édit du prêteur était en effet ainsi conçu : *Quæ dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit, et justa causa esse videbitur, judicium dabo* ⁽⁴⁾. Nous examinerons successivement ces deux conditions, en nous occupant d'abord de la dernière qui exige peu de développements.

L'action *de dolo* ne sera pas accordée *si justa causa esse non videbitur*. Au premier abord, le texte paraît renfermer une naïveté, car dans toutes les hypothèses où le magistrat est certain qu'une demande est sans fondement, il ne délivre pas la formule réclamée. Le texte signifie que dans une *cognitio causæ* préliminaire le magistrat devra examiner si le dol est suffisamment caractérisé ⁽⁵⁾,

(1) Fr. 19, *De dolo malo*, 4, 3.

(2) Fr. 88, *De verb. oblig.*, 45, 1.

(3) *De natura deorum*, liv. III, ch. xxx.

(4) Fr. 4, p. 1, *De dolo malo*, 4, 3.

(5) Fr. 7, p. 10, et Fr. 8, *De dolo malo*, 4, 3.

s'il a causé un préjudice d'une certaine importance ⁽¹⁾, si la victime n'a pas d'autre recours, enfin si à raison de rapports spéciaux entre le demandeur et le défendeur, il ne convient pas de refuser l'action *de dolo*. Sur les deux premiers points, le prêteur aura un pouvoir d'appréciation large, car il s'agit de questions de fait; sur les deux autres, il aura au contraire à appliquer des règles de droit.

L'action *de dolo* sera refusée d'après le texte de l'édit, *si de his rebus alia actio erit*, c'est ce qu'on exprime généralement en disant que l'action de dol est subsidiaire. Le mot *actio* a ici le sens le plus étendu; il comprend toute voie de réparation de quelque nature qu'elle puisse être. Une grande partie des textes du titre *de dolo malo* au Digeste, font l'application de cette règle. Ils nous disent que l'action de dol est exclue par une action civile ou honoraire, par une action pénale ⁽²⁾, par une action populaire, par un interdit, par une *in integrum restitutio* ⁽³⁾, par une exception, par une défense. Le prêteur ne distingue pas contre qui existe la voie de droit, il ne se demande qu'une chose : la personne lésée est-elle protégée? Cependant il n'admet pas qu'il y a action si le recours est inefficace, s'il est par exemple donné contre un insolvable : *Et eleganter Pomponius hæc verba si alia*

(1) Fr. 9, p. 5; Fr. 10; Fr. 11 pr., *De dolo malo*.

(2) Pour que cette décision présente de l'intérêt, il faut supposer que la victime du dol n'a pas à sa disposition une action *rei persecutoria*, concourant avec l'action pénale. Ex. : Une propriété est grevée d'un usufruit, les fruits encore pendants sont volés. L'usufruitier n'aura ni la revendication ni la *condictio furtiva*, mais il pourra agir par l'action *furti*. L'action *de dolo* lui sera donc refusée.

(3) Il n'est pas question dans le Fr. 1, p. 6, de l'*in integrum restitutio propter dolum*; nous reviendrons d'ailleurs sur cette question.

actio non sit, sic excipit, quasi res alio modo ei ad quem ea res pertinet, salva esse non poterit ⁽¹⁾.

Enfin on refusera encore l'action *de dolo* à celui qui, ayant eu à sa disposition un moyen de recours, l'aura perdu par sa faute en consentant une novation ou une acceptilation ⁽²⁾, à moins cependant, ajoutent les textes, que l'auteur du dol n'ait usé de nouvelles manœuvres, pour enlever à la victime le moyen de protection qui lui était accordé.

52. Pour quels motifs le préteur a-t-il introduit ces conditions restrictives à l'exercice de notre action ; pourquoi ne la délivre-t-il qu'après avoir constaté dans la *cognitio causæ* l'importance du préjudice, l'inexistence de tout autre recours ? Ulpien nous en donne la raison : *Merito prætor ita demum hanc actionem pollicetur si alia non sit, quoniam famosa actio non temere debuit a prætore decerni* ⁽³⁾. Le motif tiré de l'infamie est-il suffisant ? On pourrait objecter que bien que l'*actio furti* soit infamante, elle est cependant accordée, quelque faible qu'ait été l'importance de l'objet volé ⁽⁴⁾, mais c'est que le préteur, en reconnaissant le délit *de furtum*, ne faisait qu'appliquer la loi des Douze-Tables, tandis qu'en créant l'action de dol, il introduisait dans la législation un délit nouveau. On comprend donc qu'il ait limité la portée de son innovation aux cas dans lesquels il y avait un intérêt sérieux à protéger : *De minimis non curat prætor*.

53. Le principe que l'action *de dolo* est subsidiaire n'est pas absolu : il comporte un certain nombre de

(1) Fr. 7 pr., *De dolo malo*.

(2) Fr. 1, p. 7, à notre titre.

(3) Fr. 1, p. 4, à notre titre.

(4) Inst. Just., p. 16, *De divisione rerum*, l. 2, tit. 1.

dérogrations. La première nous est indiquée par le fragment 14, p. 13, *Quod metus causa*, 4, 2; lorsqu'une personne se rend coupable de violence, elle pourra à la volonté de la personne lésée, être poursuivie par les voies de recours existant contre le dol ou par celles données contre la violence: *Doli mentio vim in se habet* (1). Nous ne contesterons pas cette exception au principe, nous nous bornerons à présenter les motifs qui expliquent cette dérogation à la règle. On a donné une raison historique; l'action *de dolo* s'appliquait à l'origine au dol et à la crainte, quand l'action *quod metus causa* fut créée on négligea de restreindre le champ d'application de l'action *de dolo*. Cette explication a le grave inconvénient de s'appuyer sur un fait douteux, l'antériorité des voies de répression contre le dol. Peut-être est-il plus sûr de dire avec M. Accarias, que le prêteur autorisa l'option entre les deux actions, afin de sanctionner plus énergiquement le délit de violence. L'action *de dolo* entraîne l'infamie; dans l'action *quod metus causa* la condamnation est du quadruple du préjudice causé; suivant la fortune et la position du coupable, le demandeur pourra l'atteindre dans ses intérêts moraux ou dans ses intérêts pécuniaires.

Nous trouvons une seconde exception au principe dans le Fr. 9, p. 2 à notre titre. Le texte prévoit l'hypothèse suivante. Une personne meurt laissant un testament inofficieux; afin d'empêcher le fils d'intenter la *querela inofficiosi testamenti*, l'héritier institué cache les tablettes. Le fils meurt; ses héritiers jusqu'à Justinien ne recueillaient pas avec son patrimoine le droit à la *querela*, mais

(1) Fr. 2, p. 8, *Vi bon, raptorum*, 47, 8.

ils avaient à leur disposition l'action de la loi Cornelia et l'action *de dolo*. Cette loi Cornelia *De falsis*, constituait un *judicium publicum*; les peines qu'elle édictait étaient la mort contre un esclave, la déportation contre un homme libre (1). On peut tirer de ce texte cette règle générale : l'action *de dolo* n'est pas exclue par l'existence d'une action criminelle. Cette exception au principe que l'action *de dolo* est subsidiaire, est facilement justifiable; au moyen de l'action criminelle le coupable est frappé dans sa personne, par l'action *de dolo* on l'oblige à réparer le préjudice qu'il a causé.

D'autres dérogations au principe que l'*actio de dolo* est subsidiaire ont été signalées par certains commentateurs; les exceptions ne sont qu'apparentes. Quelques textes semblent admettre le concours entre l'action *de dolo* et l'action d'un contrat de bonne foi (2). Dans ces textes, les mots *actio de dolo* signifient action fondée sur le dol et non par action de dol; si ces fragments ont été insérés au titre *De dolo malo*, c'est par suite d'une erreur des compilateurs de Justinien. Nous voyons encore certains jurisconsultes donner l'action de dol tandis que d'autres accordent dans les mêmes hypothèses l'action *præscriptis verbis*, l'action *ex stipulatu* (3); l'antinomie que ces textes présentent s'explique par un changement dans la législation.

Enfin, dans d'autres cas, la différence de solution provient de la différence dans les hypothèses prévues.

Prenons pour exemple les Fr. 21 et 25 à notre titre.

(1) Inst. Just., liv. IV, tit. 18, p. 47.

(2) Const. 1, *De dolo malo*, 2, 21. Fr. 37, Dig., *De dolo malo*, 4, 3.

(3) Fr. 19, *De dolo malo*, 4, 3.

Dans ces deux textes, un défendeur obtient son absolution par dol ; dans le premier cas, en prêtant un serment ; dans le second, en persuadant au créancier que la somme qu'il réclamait, a été payée à son esclave. Labéon admettait dans la première hypothèse, l'action *de dolo* ; Ulpien, dans la seconde, dit que le procès pourra être recommencé, et qu'à l'exception *rei judicatæ* on répondra par la *replicatio doli*. Cette différence s'explique, parce que dans le premier cas, le *judicium* était *legitimum*, dans le second, il était un *judicium imperio continens*.

54. La plus sérieuse objection qui ait été opposée au principe que nous avons trouvé dans les termes mêmes de l'édit, provient de la coexistence de l'action *de dolo* et de l'*in integrum restitutio propter dolum* : ces deux voies semblent concourir.

Si nous consultons en effet les textes, nous voyons que de même que l'action *de dolo*, l'*in integrum restitutio* est un moyen exceptionnel, qui ne doit être accordé qu'en l'absence de tout autre recours : *In causæ cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere citra in integrum restitutionem, nam si communi auxilio et mero jure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium* ⁽¹⁾.

Quel est celui de ces deux principes qui doit fléchir devant l'autre ? En cas d'absence d'autre recours, devra-t-on donner à la victime l'action *de dolo* ou l'*in integrum restitutio*, devra-t-on admettre que ces moyens coexistent ?

Nous pouvons d'abord remarquer que pour une catégorie d'hypothèses considérable, la question ne se pose

(1) Fr. 16 pr., *De min.*, 4, 4.

pas. L'*in integrum restitutio* ne peut en effet se comprendre, qu'autant que le dol s'est produit à l'occasion d'un acte juridique, susceptible de rescision. Si le dol a amené l'affranchissement d'un esclave ou même une aliénation dont l'objet a péri, l'action *de dolo* sera le seul recours que l'esprit puisse concevoir. Mais que doit-on décider, quand le dol s'est produit lors de la formation d'un acte juridique qui, par sa nature, est susceptible d'être détruit par le préteur? L'*in integrum restitutio* est-elle seule accordée? Au premier abord, on est tenté de le soutenir; ce système paraît s'appuyer sur un texte de notre titre : *Idem Pomponius refert Labeonem existimare, etiam si quis in integrum restitui possit, non debere ei hanc actionem competere* ⁽¹⁾. Cependant cette doctrine serait en contradiction manifeste avec des textes nombreux : nous voyons en effet l'action *de dolo* accordée, quand les manœuvres ont amené la personne trompée, à faire une adition d'hérédité ou une acceptilation ⁽²⁾. Le texte que nous avons cité ne fait donc pas allusion à l'*in integrum restitutio propter dolum*, mais à une restitution fondée sur un autre motif; en ce sens on peut alléguer le Fr. 38, *De dolo malo*, qui accorde de préférence à un mineur de vingt-cinq ans l'*in integrum restitutio* à l'action *de dolo*. D'une façon générale, on peut donc dire que l'action *de dolo* est en principe exclue, par une restitution fondée sur une cause autre que le dol.

Pour déterminer, s'il est possible, le champ d'application de ces deux voies de recours, examinons rapidement les quelques textes où l'*in integrum restitutio prop-*

(1) Fr. 1, p. 6, *De dolo malo*.

(2) Fr. 40, *De dolo malo*.

ter dolum est accordée. Nous ne parlerons pas de ceux qui donnent l'action de dol, car ils sont de beaucoup plus nombreux, et il semble bien en résulter que cette action est la règle. Ces textes peuvent être rangés dans deux catégories distinctes : les uns prévoient certaines hypothèses, où l'acte juridique dont il s'agit, a été vicié par le dol d'un tiers. Primus détermine par ses manœuvres Secundus, à libérer Tertius par acceptilation. Si l'auteur du dol est solvable, il pourra être poursuivi par l'action *de dolo*, mais si le recours est inefficace, la victime obtiendra une restitution contre celui qui a bénéficié de la fraude. Cette doctrine n'est expressément formulée par aucun texte, mais nous la voyons appliquée à propos d'hypothèses analogues à celle que nous avons supposée. C'est ainsi que les juriscultes accordent contre des tiers de bonne foi, ayant profité d'un dol auquel ils sont étrangers, l'*in integrum restitutio*, parcequ'une action *in factum*, une action *judicati* seraient dirigées contre des insolubles (1).

Nous ne contestons pas que dans certaines circonstances où la situation de la victime du dol est particulièrement digne d'intérêt, l'*in integrum restitutio* puisse être accordée contre des tiers de bonne foi, mais cet effet est exceptionnel, et nous ne croyons pas qu'on puisse tirer des textes invoqués, une règle générale.

Si, en effet, il était exact de dire, que toutes les fois que l'action *de dolo* existera contre un tiers insolvable, l'*in integrum restitutio* sera accordée contre quiconque a profité du dol, ou aboutirait en définitive à ce résultat

(1) Fr. 18, *De int. in jure*, 11, 1, et Fr. 3 pr., et p. 1, *De eo per quem*, 2, 10.

en contradiction formelle avec les textes que le dol, comme la violence, produit ses effets *in rem*. La décision du droit romain que le dol ne peut être opposé qu'à son auteur, ne présenterait, en effet, qu'un intérêt de procédure, si elle n'était applicable que dans le cas de solvabilité du coupable. La véritable question, celle que les textes ont tranchée, c'est celle de savoir sur qui, en définitive, retomberont les conséquences de l'insolvabilité de l'auteur du dol.

La deuxième catégorie d'hypothèses, où nous voyons l'*in integrum restitutio* accordée, comprend des cas où le dol s'est produit à l'occasion d'un acte de procédure. Par exemple, des témoins par leurs mensonges ont décidé le juge à absoudre le défendeur ⁽¹⁾; l'empereur Adrien accorda dans cette hypothèse l'*in integrum restitutio*. Doit-on tirer de ce texte la règle que l'*in integrum restitutio* sera accordée de préférence à l'action *de dolo*, toutes les fois que le dol sera intervenu dans le courant d'une instance? on l'a soutenu en s'appuyant sur ce texte général ⁽²⁾: *Nec intra has solum species consistet hujus generis auxilium; etenim deceptis sine culpa sua, maxime si fraus ab adversario intervenerit, succurri oportebit, cum etiam de dolo malo actio competere soleat, et boni prætoris est potius restituere litem ut et ratio et æquitas postulabit, quam actionem famosam constituere, ad quam tunc demum descendendum est, cum remedio locus esse non potest*. Le second motif de Marcellus ne vaut rien, car, s'il était fondé, on devrait dire que jamais l'action *de dolo* ne sera accordée contre un acte juridique susceptible de

(1) Fr. 33, *De re judic.*, 42, 1.

(2) Fr. 7, p. 1, *De in integ. rest.*, 4, 1.

rescision; nous avons montré que cette idée n'est pas conforme aux textes. La première raison est meilleure; si, en effet, l'action *de dolo* était accordée contre l'auteur du dol, le juge de cette action aurait à rechercher quel préjudice la sentence a causé au demandeur, il devrait donc, en définitive, examiner à nouveau le procès perdu; n'est-il pas plus simple de lui poser sans détours la question primitive?

La généralisation de cette décision, qui paraît rationnelle, est encore en contradiction avec les textes. Nous voyons en effet les Fr. 18, p. 4 et 20, p. 1 à notre titre, donner dans cette même hypothèse l'action *de dolo*.

A quels résultats aboutissons-nous en définitive? Nous croyons qu'il est impossible de poser ici quelques règles fixes. L'*in integrum restitutio propter dolum* n'a jamais constitué dans la législation romaine un droit assez bien établi pour exclure l'action *de dolo*. L'*in integrum restitutio*, qui, dans l'hypothèse de la minorité, a subi une transformation, qui en a fait un moyen de droit subordonné à des conditions précises, a toujours été en cas de dol un *extraordinarium auxilium*, un recours en dehors de droit, une faveur subordonnée aux pouvoirs sans limites du magistrat. Est-ce à dire que l'action *de dolo* et l'*in integrum restitutio propter dolum* concourront? Non sans doute. Le préteur examinera dans la *cognitio causæ*, si la partie lésée par un dol, n'a pas d'autre recours et en vertu de ses pouvoirs très larges quand on lui demandera l'action *de dolo*, de ses pouvoirs absolus quand on implorera de sa pitié un *in integrum restitutio*, il accordera tantôt l'un tantôt l'autre de ces moyens exceptionnels.

55. Nous avons examiné le principe que l'action *de*

dolo ne peut être intentée qu'autant qu'il n'y a pas d'autre recours, nous avons signalé les dérogations réelles ou apparentes qu'il comporte, nous allons maintenant faire l'application de cette règle, dans l'hypothèse où des manœuvres frauduleuses ont déterminé une personne à contracter. Primus stipule de Secundus le fonds Cornélien; nous avons démontré en étudiant la *cautio de dolo*, que dans un tel contrat, il peut y avoir dol du promettant ou dol du stipulant. Si le stipulant a obtenu cette promesse par fraude, la victime n'aura jamais le droit d'intenter l'*actio de dolo*. L'obligation n'est-elle pas exécutée, c'est-à-dire dans notre hypothèse le fonds n'est-il pas livré, le promettant opposera avec succès à la demande du créancier l'exception de dol. Le promettant a-t-il accompli la prestation à laquelle il s'est obligé; il faut distinguer si lors du paiement il connaissait le dol dont il était victime; en cas d'affirmative il est censé avoir renoncé à invoquer la nullité de la convention; s'il ignorait les manœuvres, comme il a payé, protégé par une exception perpétuelle, il aura à sa disposition la *condictio indebiti*. Si le dol a été pratiqué par le débiteur sur le créancier, ce dol a pu intervenir soit lors de la formation du contrat, soit lors de son exécution. Il a pu intervenir lors de la formation du contrat; Primus fait un sacrifice d'argent considérable pour obtenir un objet qu'il croit d'or par suite des manœuvres de Secundus; l'objet qu'il a stipulé est d'airain. Si le créancier a eu la précaution d'exiger de son débiteur la *cautio de dolo*, il poursuivra la réparation du préjudice qui lui est causé, par l'action *ex stipulatu*; s'il n'a pas obtenu cette stipulation accessoire, il aura l'action *de dolo*, car il est alors dépourvu de tout moyen de recours.

L'action *de dolo* sera encore accordée, si les manœuvres frauduleuses ont été pratiquées par un tiers étranger au contrat, sans que nous devions ici distinguer, si elles ont atteint le débiteur ou le créancier (1).

Enfin si ces manœuvres ont eu pour objet d'amener une acceptilation, le créancier n'aura entre les mains que l'action *de dolo* (2).

Le Fr. 22, *De verborum obligationibus*, 45, 1, confirme ce que nous avons dit, sur les moyens destinés à réprimer, dans un contrat, le dol du promettant. Nous trouvons encore à notre titre un texte important, où il est question d'un dol, commis par celui qui s'est obligé; mais ce dol se produit lors de l'exécution de la stipulation, et non au moment de sa formation (3). Labéon dit dans ce fragment que l'action *de dolo* doit être accordée, non-seulement s'il n'y a pas, mais s'il est douteux qu'il y ait une autre action. J'ai stipulé un esclave, il m'a été livré empoisonné; un fonds, le débiteur l'a grevé de servitudes ou en a détruit les constructions : *ait Labeo sive cavit de dolo, sive non, dandam in eum de dolo actionem, quoniam si cavit dubium est an competat ex stipulatu actio, sed est verius, siquidem de dolo cautum est, cessare actionem de dolo, quoniam est ex stipulatu actio, si non cautum..... de dolo actio necessaria est*. Ulpien n'accorde l'action *de dolo* que si la promesse de s'abstenir de tout dol n'a pas été faite par le débiteur. Comment comprendre que Labéon ait pu dire, qu'il y avait doute sur l'existence de l'action *ex stipulatu*, quand une *cautio*

(1) Fr. 18, p. 3, à notre titre.

(2) Fr. 38, à notre titre.

(3) Fr. 7, p. 3, *De dolo malo*.

de dolo avait été faite? Il est probable qu'il songeait à une *cautio de dolo*, qui aurait pris place, lors de la tradition de la maison ou de l'esclave, cette stipulation était ainsi conçue : *Spondesne dolum malum abesse ab-futurumque? Spondeo*. Par cette promesse le débiteur affirmait qu'il ne commettait aucun dol et qu'il n'en commettrait pas dans l'avenir, il ne s'engageait pas à réparer les conséquences des actes déloyaux dont il avait pu se rendre coupable dans le passé. Certains jurisconsultes interprétant de cette manière subtile la *cautio de dolo*, on comprend que Labéon ait donné dans l'hypothèse du texte, douteux pour quelques-uns, l'action de dol. Ulpien considérant, qu'en livrant un esclave empoisonné, le débiteur commettait un dol actuel, en a conclu que l'action *ex stipulatu* serait applicable et que par conséquent l'action *de dolo* serait refusée. Si le dol s'était produit lors de la formation du contrat, et s'il y avait eu promesse de s'abstenir de dol, l'action *de dolo* n'existait pas.

Quant à l'*in integrum restitutio*, qui pouvait présenter de sérieux avantages dans le cas de dol indirect, qui permettait en outre à la victime des manœuvres de recouvrer l'objet même de son obligation, son champ d'application dépendait dans le cas où le dol avait vicié un contrat, comme dans les autres hypothèses, de la décision libre du prêteur.

56. Quels sont les caractères que présente l'action *de dolo*? Cette action avait une origine prétorienne; elle était personnelle, rédigée *in factum*, pénale *a parte rei*, arbitraire et infamante. Pour déterminer les effets de l'action de dol, il est utile d'insister sur les deux caractères d'action pénale et arbitraire.

L'action *de dolo* est pénale *a parte rei*. Tandis que l'action pénale se traduit par l'enrichissement du demandeur et l'appauvrissement du défendeur, que l'action *rei persecutoria* fait rentrer dans un patrimoine une valeur qui en est sortie, dans l'action pénale unilatérale, le demandeur réclame la réparation d'un préjudice, réparation qui peut imposer une perte au défendeur. De ce double caractère de l'action, *rei persecutoria* pour l'une des parties, pénale pour l'autre, les jurisconsultes romains ont tiré des conséquences, qui se rattachent aux deux points de vue.

De même que l'action réparatrice, l'action *de dolo* ne concourt jamais avec une autre action réparatrice; elle présente même ce caractère particulier, de ne pouvoir être admise quand une action pénale existe.

Lorsque plusieurs personnes commettent un dol, le fait délictueux fait naître à leur charge une obligation *in solidum*; le paiement fait par l'une libère les autres ⁽¹⁾. Si l'action *de dolo* était pénale, le paiement de l'amende par un des délinquants, laisserait subsister intacte la dette de ses associés.

Mais de même aussi que la plupart des actions pénales prétoriennes, l'action *de dolo* est temporaire ⁽²⁾, elle est intransmissible passivement ⁽³⁾, elle est accordée contre

(1) Fr. 17 pr., *De dolo malo*, 4, 3.

(2) L'action *doli* se prescrivait par l'année utile; le point de départ de cette période, était le moment où la victime avait eu connaissance des manœuvres. Constantin substitua à ce délai, deux années continues; elles commençaient à courir du jour où le dol avait été commis. L'instance dut être terminée dans les deux ans. Const. 8, Code, *De dolo malo*, 2, 21.

(3) Fr. 17, p. 1, *De dolo malo*, 4, 3.

un impubère *doli capax* ⁽¹⁾, enfin si c'est un fils de famille ou un esclave, qui s'est rendu coupable des manœuvres frauduleuses, l'action *de dolo* sera donnée contre le *paterfamilias* ou le patron *noxaliter* et non pas *de peculio* ⁽²⁾.

L'action de dol est une action pénale *a parte rei*, dont l'objet est une amende, une somme d'argent. Pour permettre au défendeur d'échapper à l'infamie, pour assurer au demandeur une réparation complète du préjudice dont il se plaint, le préteur a fait, dans certains cas de ce recours, une action arbitraire ⁽³⁾. Toutes les fois que la remise des choses dans leur état antérieur sera possible, le juge ne devra condamner l'auteur des manœuvres, que s'il refuse d'exécuter la prestation qu'il lui aura ordonnée.

Reprenons les hypothèses où le dol est puni par l'action *de dolo* dans les contrats de droit strict. Primus stipule de Secundus une somme d'argent, mais cette stipulation a pour cause la mancipation d'un esclave que Primus a faite à Secundus ; si celui-ci a usé de manœuvres frauduleuses pour obtenir l'esclave à meilleur compte, le stipulant n'aura d'autre recours contre le coupable que l'action *de dolo*. Avant de condamner le promettant à payer une somme d'argent comme indemnité, en outre de celle qu'il doit déjà en vertu du contrat, le juge lui ordonnera de remanciper l'esclave ; s'il obéit, il est fort probable que le juge ordonnera également au stipulant de libérer par acceptilation son débiteur. Lors-

(1) Fr. 13, p. 1, même titre.

(2) Fr. 9, p. 4, même titre.

(3) P. 34, Inst. Just., 4, 6.

que cette précaution n'aura pas été prise, si le stipulant qui a recouvré la propriété de son esclave veut poursuivre l'exécution de la stipulation, le droit prétorien permettra au promettant de repousser cette demande inique par une exception de dol.

Supposons que les manœuvres ont déterminé une personne à faire une acceptilation, le juge ordonnera au débiteur d'exécuter l'obligation éteinte ou de s'engager à nouveau par une promesse semblable à la précédente envers son créancier.

Enfin, en cas de dol indirect, si Primus détermine Secundus par fraude à s'obliger envers Tertius ou à le libérer par acceptilation; Primus recevra l'ordre du juge d'amener Tertius à renoncer à l'avantage qu'il a obtenu (1).

Mais si les effets de l'acte juridique ne peuvent être détruits, si, par exemple, il s'agit d'un affranchissement ou d'une adition d'hérédité, le *jussus* du juge ne peut plus se comprendre, car il se heurte à une impossibilité matérielle, l'action *de dolo* ne sera plus arbitraire (2).

Dans les hypothèses où l'action *de dolo* est arbitraire, le *jussus* du juge peut-il être exécuté *manu militari*? Nous ne le croyons pas; cette contrainte ne doit, en effet, être admise que quand il s'agit d'un obstacle matériel à lever, et dans tous les cas où le dol est intervenu à l'occasion d'un acte juridique, il faudrait obliger l'auteur des manœuvres à en détruire les effets par un autre acte juridique.

Lorsque le défendeur refusera d'obéir, il sera con-

(1) Fr. 10, p. 1, *Quod metus causa*, 4, 2.

(2) Fr. 18, p. p. 1. 4, *De dolo malo*, 4, 3.

damné à payer au débiteur une somme d'argent, mais comment le montant de la condamnation sera-t-il fixé? Le Fr. 18 pr., à notre titre, nous dit qu'il comprendra le *quanti ea res est*. Cette somme, en cas de *contumacia* du défendeur, sera fixée par le demandeur sous la foi du serment, mais le juge aura auparavant la précaution de déterminer le maximum de la condamnation par une *taxatio*.

Si l'exécution de l'ordre du juge est impossible, par exemple, l'esclave dont la mancipation a été obtenue par dol est mort, le défendeur est de suite condamné par le juge à une somme égale au préjudice causé. Les Romains refusant alors à l'action *de dolo* le caractère d'action arbitraire, arrivèrent à ce résultat critiquable que l'action *de dolo* entraînera l'infamie si l'exécution devient impossible par un cas fortuit, comme dans l'hypothèse où le défendeur refuse d'exécuter l'ordre du juge.

53. L'action *de dolo* est souvent remplacée dans la législation romaine par des moyens de droit qualifiés d'actions *in factum*. L'action *de dolo* n'est cependant pas *concepta in jus*, comme cette opposition pourrait le faire croire. Mais tandis que dans l'action *de dolo*, les faits allégués comme donnant naissance à un droit, sont qualifiés de dolosifs, dans les actions *in factum* le mot *dol* ne figure pas dans la formule. Ces actions, à la différence de l'action *de dolo*, ne sont ni infamantes, ni arbitraires.

Pour déterminer si elles sont pénales et par conséquent temporaires et intransmissibles, on peut les diviser en deux groupes. Le premier comprendra toutes les actions qui reposent sur ce principe, que nul ne peut s'enrichir sans droit au détriment d'autrui, leur but sera de dé-

pouiller le défendeur d'un gain illicite; elles seront *rei persecutoriaë*, perpétuelles, transmissibles passivement, la *cognitio causæ* ne sera pas nécessaire. Dans cette catégorie, nous ferons rentrer l'action *in factum* donnée contre l'auteur du dol après l'expiration de l'année utile ⁽¹⁾, celle qui peut être intentée contre son héritier ⁽²⁾, enfin l'action par laquelle une personne lésée par le dol d'un représentant, c'est-à-dire d'un mandataire, d'un tuteur, d'un curateur peut poursuivre le représenté ⁽³⁾. Dans toutes ces hypothèses, la condamnation sera égale au montant de l'enrichissement de la personne actionnée.

Dans le deuxième groupe, les actions *in factum* n'ont pas pour origine et pour borne l'augmentation d'un patrimoine. Entre l'auteur et la victime il existe certains rapports, tels que la *reverentia*, qui s'opposeront à ce qu'une action infamante soit intentée ⁽⁴⁾, ou bien encore le préjudice sera trop minime pour que le prêteur accorde une action ayant d'aussi graves conséquences que l'action *de dolo*. Il est fort probable que l'action *in factum* sera alors pénale et intransmissible.

Enfin, à côté de ces actions, nous en trouvons une autre qui ne rentre pas absolument dans notre travail, mais que nous rapprochons de celles que nous avons étudiées, par suite de l'analogie qu'elle présente avec elles. Cette action *in factum* suppose, non pas un préjudice causé intentionnellement, mais une simple faute ⁽⁵⁾. Cette action sert avec l'action *de dolo*, à combler les lacunes

(1) Fr. 28, *De dolo malo*, 4, 3.

(2) Fr. 26 à 30, *De dolo malo*.

(3) Fr. 15 pr., p. 2, 3, *De dolo malo*.

(4) Fr. 11, p. 1, *De dolo malo*.

(5) Fr. 7, p. 7, *De dolo malo*.

que présentait le système de réparation du préjudice causé sans droit à autrui en dehors de toute relation contractuelle, par l'action de la loi Aquilia. Il est probable que cette action a pris les principaux caractères de l'action *de dolo*, que de même que cette dernière elle fut annale et intransmissible, car, comme le fait remarquer M. Accarias, « la faute ne saurait être punie avec plus de sévérité que le dol. »

CHAPITRE III.

Du dol dans les contrats de bonne foi.

SECTION PREMIÈRE.

Par quels procédés le dol était-il puni ?

SOMMAIRE.

- 58. La nature même du contrat permet au juge de tenir compte des faits de dol.
- 59. Si le contrat n'est pas exécuté, la victime repoussera les poursuites, sans avoir besoin de faire insérer une exception dans la formule.
- 60. Comment les textes expriment-ils ce résultat ?
- 61. Si le contrat a été exécuté, la personne lésée obtiendra la réparation du préjudice causé, par l'action du contrat.
- 62. L'action *de dolo* n'est jamais accordée. Examen des textes qui paraissent en contradiction avec cette proposition.
- 63. Utilité de la *cautio de dolo* judiciaire.
- 64. De *l'in integrum restitutio*.

58. Tandis que les contrats de droit strict engendraient des obligations unilatérales, sanctionnées par une seule action, accordée au stipulant, les contrats de bonne foi produisaient des obligations réciproques; ils se caractérisaient par leur nature synallagmatique. Ces *negotia* fai-

saient naître une action au profit de chacune des personnes qui avait figuré au contrat, dès l'instant de sa formation comme dans la vente ou la société, après coup comme dans le dépôt ou la tutelle : c'est ce que Cicéron avait exprimé en les qualifiant de *judicia contraria* (1).

Ces créances corrélatives étaient unies entre elles par une intime connexité, elles avaient, en effet, leur source dans la même cause. Aussi voyons-nous les jurisconsultes donner au juge de l'action de bonne foi, saisi de la question par la demande d'une des parties, le droit de tenir compte de ce dont le défendeur pouvait être créancier en vertu du même *negotium*, à l'égard du demandeur : *In quo, et illud continetur, ut habita ratione ejus quod invicem actorem ex eadem causa præstare oportet, in reliquum eum quo actum est condemnare debeat* (2). Les mots *ex fide bona, ut inter bonos bene agier, quid æquius melius*, que le magistrat insérait dans la formule, où il donnait à l'*arbiter* le pouvoir de prononcer sur le litige, autorisaient cette interprétation large. Le juge devait non-seulement prendre en considération les obligations principales qui naissent de tout contrat, dans la vente, par exemple, la créance du prix et la créance de la chose, mais les prestations supplémentaires exigées par l'usage ou l'équité. Parmi ces dernières se trouvait au premier rang l'obligation d'être de bonne foi.

La promesse de s'abstenir de tout dol, si fréquente dans les contrats de droit strict, était également pratiquée dans les contrats de bonne foi, en souvenir de l'époque éloignée où ils concluaient au moyen de stipulations. Cette

(1) *De offic.*, 3, 15, 17.

(2) *Gaius*, c. IV, p. 61.

clause fut sous-entendue si elle n'avait pas été faite expressément (1). L'obligation d'être de bonne foi était donc considérée comme dérivant d'une convention tacite, aussi tandis que dans les contrats de droit strict, le juge ne pouvait tenir compte du dol du demandeur que si la formule avait été modifiée, tandis que la partie lésée n'avait souvent d'autre ressource qu'une action pénale, l'action *de dolo*, dans les contrats de bonne foi, au contraire, l'*arbiter* par cela seul qu'il était saisi de la connaissance de l'action, devait tenir compte de toutes les exigences de l'équité, pour statuer sur l'existence et l'étendue des obligations réciproques qui lui étaient soumises.

Le dol ne constituera dans ces conventions une sorte de délit comme dans les *negotia stricti juris*, mais la violation même du contrat; c'est pour ce motif que nous n'aurons pas à étudier ici divers procédés plus ou moins semblables à l'action ou à l'exception de dol, et que nous nous bornerons à examiner les deux situations qui peuvent se présenter : l'obligation viciée par le dol qui s'est produit lors de sa formation, n'a pas été exécutée, la victime des manœuvres a effectué la prestation qu'elle avait promise.

Nous n'aurons pas non plus à rechercher à quelle époque le dol fut réprimé dans les *negotia bonæ fidei*, car dès le moment où ces contrats firent leur apparition dans la législation romaine, les manœuvres frauduleuses furent frappées par le droit positif. Cicéron nous donnant, en effet, les hypothèses exceptionnelles où le dol était illicite avant la création de l'action *de dolo* par Aquilius Gallus, nous dit en effet : « *Atque iste dolus malus et le-*

(1) Fr. 68, p. 1, *De cont. emptione*, 18, 1.

quibus erat vindicatus, ut tutela duodecim tabulis, circumscriptio adolescentium lege Plœtoria, et sine lege judiciis in quibus additur ex fide bona. »

59. Le contrat dont se plaint la personne trompée par les manœuvres de son adversaire, n'a pas été exécuté, la victime n'aura qu'à attendre les poursuites de l'auteur du dol. De même que dans les contrats de droit strict, le défendeur pourra opposer à la demande d'une formule d'action, le dol qui a vicié l'obligation qui lui sert de base.

Si le magistrat considère que le dol a une importance suffisante pour entraîner l'échec complet de la demande, il refusera l'action qui lui est réclamée. Si, au contraire, le dol ne vicie qu'en partie les prétentions du demandeur, si la créance fondée sur le préjudice que les manœuvres ont causé au défendeur lui paraît douteuse, le prêteur devra sans distinction délivrer une *formula pura*.

Le juge est, en effet, investi par les mots *ex fide bona*, qui sont insérés dans la formule, du droit de tenir compte de la demande reconventionnelle du défendeur, sans qu'il soit nécessaire, comme dans les contrats de droit strict, qu'une exception lui confère ce pouvoir.

60. Les textes pour exprimer ce résultat nous disent que l'exception de dol est sous-entendue dans les contrats de bonne foi : « *Hoc iudicium (ex vendito) fidei bonæ... continet in se doli mali exceptionem* ⁽¹⁾. » — « *Exceptio doli inest iudiciis bonæ fidei* ⁽²⁾. — *Officio iudicis... continetur* ⁽³⁾. Mais bien souvent aussi les jurisconsultes s'ap-

(1) Fr. 84, p. 5, *De legatis*, liv. 30, 1.

(2) Fr. 21, *Solutio mat.*, 24, 3; Fr. 3, *De rescind. vend.*, 18, 5,

(3) Fr. 94, *Fr. Vatic.*

puyant sur ce qu'en pratique opposer une exception c'est lui obtenir l'insertion dans la formule, sur ce qu'en fait l'exception se confondait avec la défense, ont dit dans un langage inexact, que celui qui était protégé par une exception péremptoire était *tutus ipso jure* : *Si libertatis causa societatem libertus cum patrono coierit, et patronus cum liberto pro socio agat, an hæc exceptio sit necessaria? et puto ipso jure tutum esse libertum adversus exactionem patroni* (1).

Le contrat de société qui s'est formé entre le patron et l'affranchi, n'est pas nul, comme le texte semble le dire, mais ses effets seront paralysés par l'exception *onerandæ libertatis causa*; aussi le prêteur refusera-t-il l'action *pro socio*, si la pression que le maître a exercée sur l'affranchi lui paraît évidente. Si l'action a été délivrée au patron, le juge, sans qu'il soit nécessaire que l'exception ait été insérée, débouterà le maître de sa demande.

De même, le Fr. 28, *De actionibus empti*, 19, 1, dit que lorsque l'action donnée à un vendeur peut être paralysée par l'exception de dol, celui-ci ne peut intenter son action *ipso jure*. Voici l'hypothèse même sur laquelle le texte statue. Un fonds a été vendu; le vendeur a exigé outre le prix, l'exécution d'un fait par l'acheteur, puis prévoyant le cas où celui-ci refuserait d'accomplir l'acte promis, il a fortifié cette obligation accessoire au moyen d'une *stipulatio pænæ*. L'acheteur n'exécute pas, la *pæna* est encourue. Le vendeur aura à sa disposition deux actions; l'action *ex vendito* et l'action *ex stipulatu*. Les deux actions sont *rei persecutoriæ*, elles ne peuvent donc se cu-

(1) Fr. 1, p. 7, *Quorum rerum actio non datur*, 44, 5.

muler; quand l'une d'elles aura été exercée, l'autre ne pourra être intentée que si elle est plus avantageuse que la première, et dans la limite de l'excédant. Le vendeur a d'abord exercé l'action *venditi*, pourra-t-il agir par l'action *ex stipulatu*? le texte supposant que l'action *venditi* a été plus avantageuse que l'action *ex stipulatu*, nous répond que l'action *ex stipulatu* sera repoussée par l'exception *doli mali*. Si, au contraire, le vendeur a invoqué d'abord la stipulation... *ipso jure ex vendito agere non poterit, nisi in id quod pluris ejus interfuerit id fieri*. L'opposition entre ces deux hypothèses, nous montre d'une façon bien nette ce que cette expression *ipso jure* signifie : tandis que l'exception de dol doit être insérée dans la formule du contrat de droit strict pour que le juge puisse en tenir compte, dans les contrats de bonne foi, elle sera sous-entendue; le droit de punir les manœuvres rentre dans l'*officium judicis*, les choses se passent comme si le dol constituait un moyen tiré du fond.

Lorsque le système formulaire eut été remplacé par les *cognitiones extraordinariæ*, quand les procès s'introduisirent et se jugèrent devant une seule autorité, il ne fut plus question comme auparavant dans les contrats de droit strict, de la nécessité de réclamer *in jure* le droit de faire valoir l'exception de dol; elle put désormais être invoquée jusqu'à la clôture des débats. Justinien exprime cette innovation en disant que la compensation aura lieu *ipso jure* (1). Cela ne signifie pas que la compensation jusqu'alors judiciaire est devenue légale comme les anciens commentateurs l'ont cru, mais cela veut dire

(1) Inst. Just., *De actionibus*, p. 30, l. IV, tit. 6.

que l'exception n'est plus nécessaire et que de même que dans les actions de bonne foi le juge peut toujours en tenir compte. En résumé la décision de Justinien exprime un état de choses qui est la conséquence de la disparition des formules.

Si nous insistons sur la signification des mots *ipso jure* dans ces différentes hypothèses, c'est pour bien montrer que lorsque la volonté de l'une des parties a été surprise par le dol de l'autre dans un contrat de bonne foi, l'acte juridique n'en est pas moins valable. C'est dans cette explication que nous trouverons un des arguments les plus forts pour réfuter une théorie, qui s'appuyant sur des expressions inexactes que renferment les textes, soutient que la bonne foi est une des conditions essentielles pour qu'un *negotium bonæ fidei* puisse se former. Un contrat entaché de dol n'est pas nul, mais sans que la victime des manœuvres qui n'a pas exécuté, ait à réclamer du magistrat l'insertion d'une exception dans la formule, elle repoussera la poursuite de son adversaire. C'est ce résultat que certains fragments des juriconsultes ont exprimé en disant du contrat de bonne foi; *nihil actum fuisse* ⁽¹⁾, — *nullius erit momenti* ⁽²⁾, — *nullam esse societatem* ⁽³⁾, — *ipso jure nullius momenti est* ⁽⁴⁾.

61. Le contrat vicié par le dol d'une des parties étant exécuté, la personne lésée qui n'a plus l'exception, est-elle privée de tout recours? Si la victime des manœuvres a exécuté l'obligation en connaissance de cause, elle est censée avoir renoncé au droit, qui était né en sa

(1) Fr. 57, p. 3, *De cont. emptione*, 18, 1.

(2) Fr. 5, p. 2, *De auct. et consensu*, 26, 8.

(3) Fr. 16, p. 1, *De minoribus*, 4, 4.

(4) Fr. 3, p. 3, *Pro socio*, 17, 2.

faveur de l'acte illicite. Si, au contraire, elle était encore lors de la prestation, sous l'empire de l'erreur engendrée par la mauvaise foi de son adversaire, elle ne sera pas obligée comme dans les contrats de droit strict d'agir par la *condictio indebiti*, mais elle obtiendra par l'action même du contrat, la réparation du dommage souffert. Le juge puise dans les pouvoirs que lui confère la nature de l'action le droit d'écarter les conséquences dommageables que le contrat peut avoir pour la personne trompée, ne serait-il pas en effet contraire à l'équité que l'auteur de l'acte illicite pût conserver l'enrichissement, qui a pour cause une immoralité?

Ce moyen de recours nous est indiqué dans des textes nombreux du Digeste ⁽¹⁾ et dans les Institutes de Justinien ⁽¹⁾.

La victime des manœuvres a donc à sa disposition pour obtenir la réparation du préjudice causé, l'action même du contrat. Elle peut, si elle le préfère, attendre les poursuites de son adversaire et les repousser en alléguant le dol qui vicie la créance de celui-ci. Il semble que cette personne est entièrement protégée, et qu'elle n'a jamais besoin de recourir aux procédés, qui étaient destinés à réprimer le dol dans les contrats de droit strict; il faut examiner d'après les textes, dans quelles limites cette idée est exacte.

62. Le droit de tenir compte des demandes reconventionnelles du défendeur, fondées sur la même cause, rentre dans l'*officium judicis* : l'exception de dol ne sera

(1) Fr. 13, pp. 4, 5, *De actionibus empti*, 19, 1; Fr. 7, p. 3; Fr. 9 pr., *De dolo malo* et p. 5, Inst. Just., liv. III, tit. 23, *De emptione venditione*.

donc jamais nécessaire. De même lorsque le contrat, déterminé par les manœuvres de l'une des parties a été exécuté, la *condictio indebiti* sera inutile; la personne lésée poursuivra par l'action même du contrat, la réparation du préjudice qu'elle a souffert.

L'action *de dolo* est subsidiaire, elle n'est accordée qu'autant que la personne lésée, par le dol de celui avec qui elle a contracté, est dépourvue de toute autre voie d'attaque ou de défense; elle ne sera donc jamais applicable à propos des contrats de bonne foi. Cependant si le dol qui s'est produit lors de la formation du contrat, provient d'un tiers étranger à l'acte juridique, la victime des manœuvres ne pourra recourir contre la personne avec qui elle a contracté, par l'action *bonæ fidei*; le dol n'est en effet opposable qu'à son auteur. La personne lésée n'aura d'autre arme que l'action *de dolo* contre celui qui s'est rendu coupable de tromperie (1). Cette hypothèse ne constitue pas une dérogation au principe posé; le dol qui est intervenu à l'occasion de l'acte juridique, ne l'a pas vicié, c'est pour les deux parties qui ont figuré au contrat une *res inter alios acta*. Il y a ici deux actes distincts, indépendants l'un de l'autre, un contrat valable, un délit qui n'exerce sur le contrat aucune influence. L'auteur des manœuvres n'est uni à la victime par aucun lien de droit, l'obligation qui naît du dol n'ayant pas pour origine un contrat, dérive nécessairement d'un délit et est sanctionnée par l'action *de dolo*.

Un certain nombre de textes semblent bien cependant, donner l'action *de dolo* à la victime des manœuvres en cas de dol commis par son cocontractant. Parmi ces frag-

(1) Fr. 7 pr. et Fr. 18, p. 3, *De dolo malo*, 4, 3.

ments, on peut citer la constitution 1 à notre titre, dans le Code de Justinien, qui a servi de base à un système ingénieux. Un fidéjusseur a acheté du créancier des objets donnés en gage par le débiteur principal; si ce débiteur lui offre le capital et les intérêts il devra lui restituer la propriété du *pignus* et les fruits perçus *ne fidei ruptæ gratia de dolo possit actio exerceri* ⁽¹⁾. Paul examinant la même hypothèse ⁽²⁾, donne l'action *mandati* au débiteur, pour lui permettre de contraindre la caution à lui rendre les objets achetés. S'appuyant sur ces textes, et remarquant le caractère infamant de l'action *mandati directa*, certains auteurs ont admis le concours de l'action *de dolo* avec toute action qui est infamante, par exemple avec les actions *tutelæ* et *depositi directæ*, avec l'action *pro socio*. On peut réfuter directement cette distinction, en faisant remarquer que le Fr. 5 à notre titre, refuse contre le tuteur l'action *de dolo* quand le pupille a fait avec un tiers un contrat, muni de l'*auctoritas* de son tuteur qui colludait. Quel est le motif que donne ce texte?... *Cum habeat tutelæ actionem, per quam consequatur, quod sua intersit*. L'action *tutelæ* est infamante, et cependant elle exclut l'action *de dolo*; le système proposé est donc en contradiction avec les textes. On peut fortifier cette réfutation, en faisant remarquer que l'action *de dolo* ne peut être exercée, quand la personne lésée par la fraude de son adversaire, peut obtenir par l'action *furti*, qui est infamante, la réparation du dommage causé ⁽³⁾.

Le Digeste renferme encore d'autres fragments de

(1) C. 1, Code, *De dolo malo*, 2, 21.

(2) Fr. 59, p. 1, *Mandati vel contra*, 17, 1.

(3) Fr. 7, p. 1, à notre titre.

jurisconsultes, dans lesquels, malgré l'existence d'une action *rei persecutoria*, non infamante, la victime des manœuvres semble pouvoir se servir de l'action *de dolo* : *Quod venditor ut commendet dicit sic habendum quasi neque dictum neque promissum est; si vero decipiendi emptoris causa dictum est, æque sic habendum est, ut non nascatur adversus dictum promissumve actio, sed de dolo actio* ⁽¹⁾. De même dans une hypothèse où le dol s'était produit lors de l'exécution d'un contrat de bonne foi, d'une vente, le jurisconsulte Labéon ⁽²⁾ donnait à l'acheteur lésé l'action *de dolo*, sous prétexte que l'existence de l'action *empti* était douteuse.

Comment comprendre une telle hésitation dans l'esprit du jurisconsulte? Peut-être certains auteurs soutenaient-ils alors, que par cela seul que l'acheteur avait reçu la chose qui était l'objet du contrat, il avait renoncé à se prévaloir des faits de dol; le paiement sans réclamation avait éteint l'action *ex empto*. Quoi qu'il en soit, cette opinion ne prévalut pas, et nous voyons Ulpien qui rapporte la décision de Labéon la rejeter, en disant : *Cessat de dolo actio quoniam est ex empto*.

Nous avons réfuté le système d'après lequel l'action *de dolo* concourt avec une action infamante, nous avons écarté le dernier texte allégué. Mais comment expliquer la constitution 1 et le fragment 37? Ces deux textes sont isolés, ils sont en contradiction avec le principe qui se trouve placé en tête de notre titre : *Quæ dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit, et justa causa esse videbitur, judicium dabo* ⁽³⁾, ils sont en op-

(1) Fr. 37, à notre titre.

(2) Fr. 7, p. 3, à notre titre.

(3) Fr. 1, p. 1, à notre titre.

position avec les nombreuses applications que les jurisconsultes ont tirées de la règle ⁽¹⁾ que nous venons de citer. Nous croyons donc que l'expression *de dolo actio* n'a pas ici un sens technique; comment, en effet, concevoir qu'Ulpien qui refuse dans le Fr. 7, p. 3, l'action *de dolo*, en reconnaisse l'existence dans le Fr. 37? Le jurisconsulte veut dire que le fait de vanter sa marchandise quand l'affirmation de qualités absentes est destinée à tromper l'acheteur, constitue un acte illicite qui sera réprimé par une action fondée sur le dol. Cette action sera l'action *ex empto*; dans l'hypothèse de la constitution 1, le dol était frappé par l'action *mandati directa*. Les commissaires que Justinien avait chargés de compiler les fragments des jurisconsultes, trompés par l'expression *de dolo actio*, ont eu le tort de placer ces textes dans les titres *de dolo malo*.

63. La *cautio de dolo* qui présentait de si grands avantages dans les contrats de droit strict, qui permettait, avant les innovations d'Aquilius Gallus, de réprimer le dol jusqu'alors licite, qui donnait plus tard à la victime des manœuvres une action *rei persecutoria*, tandis que le droit commun ne mettait à sa disposition qu'une action pénale, cette *cautio* était-elle utile dans les contrats de bonne foi? La *cautio de dolo* nous l'avons montré, était usitée dans la vente, mais cette promesse de *præstare bonam fidem* devint inutile, dès le moment où ce contrat put se former par le seul consentement. Le juge fut saisi par la nature même de la convention, du droit de tenir compte des actes de mauvaise foi, qui s'étaient produits

(1) P. 6, *Sent.*, Paul, liv. II, tit. xvii; Fr. 13, pp. 27 et 28, *De act. empti*, 19, 1; Const. 4, Code, 4, 39.

lors de la naissance du contrat, ou lors de son exécution; la personne lésée put agir par l'action *rei persecutoria* née de la vente, la *cautio* ne présentait désormais aucun avantage.

La *cautio de dolo* est non-seulement conventionnelle, elle peut encore être judiciaire. Aux contrats de bonne foi, s'appliquait sans contestation la règle *omnia judicia sunt absolutoria*, c'est-à-dire que le juge ne devait condamner le défendeur que s'il refusait de donner satisfaction au demandeur. Supposons qu'une instance soit engagée, l'acheteur poursuit par l'action *ex empto* la livraison de la chose vendue; le vendeur offre l'exécution réclamée. Le demandeur aura ici grand intérêt à ce que le juge exige une *cautio de dolo* : l'instance ayant été conduite jusqu'à la *litis contestatio*, le droit est épuisé *ipso jure* ou *exceptionis ope*. Dans le second cas, la *cautio de dolo* n'est pas nécessaire, car l'acheteur intentera à nouveau son action et à l'exception *rei in iudicium deductæ*, il opposera la *replicatio doli* (1). Dans le premier cas, au contraire, il n'aurait à sa disposition que l'action *doli* (2), l'action *ex stipulatu* sera plus avantageuse car elle est perpétuelle et transmissible passivement.

64. Le dernier procédé de répression du dol que nous ayons examiné dans les contrats de droit strict, est l'*in integrum restitutio*. Tandis que l'exception de dol et la *condictio indebiti* sont toujours inutiles, que l'*actio doli* et la *cautio de dolo* ne présentent quelque utilité que dans des hypothèses exceptionnelles, l'*in integrum restitutio* sera souvent nécessaire pour rétablir l'équité blessée. Si

(1) Fr. 25, *De dolo malo*

(2) Fr. 20, *De dolo malo*.

nous supposons que l'auteur du dol est insolvable, l'action de bonne foi qui est née du contrat étant une action personnelle, la victime des manœuvres arriverait en concours avec les autres créanciers; elle pourra obtenir du magistrat une *in integrum restitutio* qui l'indemniserait entièrement en remplaçant les choses dans leur état primitif.

De même si nous examinons le cas d'un dol indirect, nous voyons que l'*in integrum restitutio* peut présenter pour la victime de grands avantages. Le fragment 18, p. 3, à notre titre, prévoit l'hypothèse suivante. Des marchandises sont vendues, et l'on convient que la pesée devra être faite avec les poids d'un tiers; celui-ci en connaissance de cause fournit de faux poids. La personne lésée par cette tromperie, c'est-à-dire le vendeur ou l'acheteur, suivant que les poids sont trop forts ou trop faibles, aura l'action *de dolo* contre le tiers de mauvaise foi, mais la vente reste valable. En cas d'insolvabilité du coupable, on voit combien il importe à celui qui a été ainsi frustré d'obtenir la rescision du contrat. De puissants arguments d'analogie⁽¹⁾ nous permettent d'affirmer que dans cette hypothèse et dans bien d'autres circonstances où la situation de la victime paraissait digne d'intérêt, le préteur accordait contre la personne qui avait bénéficié du dol d'un tiers, une *in integrum restitutio* :... *ne propter dolum alienum reus lucrum faciat, et actor damno adficiatur*⁽²⁾.

Pas plus ici que dans les contrats de droit strict, nous n'essayerons de déterminer à l'aide d'une formule générale les hypothèses où ce recours extraordinaire était

(1) Fr. 18, *De interrogat. in jure*, 11, 1.

(2) Fr. 3, p. 1, *De eo per quem factum*, 2, 10.

accordé. Le prêteur jouissait d'un pouvoir discrétionnaire pour décider dans chaque cas particulier qui lui était soumis, s'il importait de déroger aux règles du droit dans un intérêt supérieur d'équité, s'il convenait d'accorder ce qu'on a appelé justement une grâce.

SECTION II.

Des effets du dol dans les contrats de bonne foi.

§ I.

SOMMAIRE.

- 65. Comment la personne lésée par le dol sera-t-elle indemnisée?
- 66. Doctrine des anciens interprètes. Distinction du dol en principal et incident.
- 67. Loi *Et eleganter*. Explication.
- 68. *Aut nullam esse venditionem si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est.*
- 69. Interprétation de Cujas.
- 70. Suppression de Noodt.
- 71. Explication de M. de Vangerow.
- 72. Un contrat vicié par un dol même principal n'est pas nul.
- 73. Théorie de Mühlenbruck. Examen des textes sur lesquels elle repose.

65. Nous avons indiqué dans la section précédente, les moyens que le droit positif avait mis à la disposition de la personne lésée par le dol de son adversaire, pour ob-

tenir la réparation du préjudice causé. En disant que la victime des manœuvres pouvait agir par l'action du contrat si elle avait exécuté l'obligation, que si elle jouait dans l'instance le rôle de défendeur, le juge avait le droit d'apprécier dans le montant de la condamnation, le dol dont elle avait souffert, nous avons tranché une question importante; nous avons affirmé que le dol qui intervient lors de la formation d'un contrat, ne peut le frapper de nullité.

Lorsque le législateur édicte une prohibition, il peut employer divers procédés pour sanctionner la règle qu'il pose.

Tantôt il prononcera la nullité de l'acte fait en violation de sa défense; cet acte n'aura alors qu'une vie apparente, il ne sera susceptible ni de ratification, ni de rescision; il n'existera pas. Le fait matériel, trop imparfait pour constituer un acte juridique, n'est cependant pas toujours dénué d'effets; le droit positif lui reconnaîtra souvent une force suffisante, pour permettre à la personne qu'il a voulu protéger d'intenter, pour obtenir des dommages et intérêts, l'action qui naîtrait de l'acte, s'il était pleinement valable (1).

Le législateur peut encore décider que l'acte sera annulable.

L'acte annulable existe, mais il renferme en lui-même un germe de mort. Ce germe est ce que M. de Savigny a appelé un droit de nature contraire. Le droit nouveau, accordé à l'une des parties, lui permet de faire tomber l'acte dont elle souffre, mais il est lui-même susceptible de destruction : le droit originaire reprend alors son efficacité primitive.

(1) Inst., p. 5, liv. III, tit. 24, *De emptione et venditione*.

Enfin, la dernière sanction, d'une prohibition de la loi, consistera très fréquemment dans la création d'une créance d'indemnité, au profit d'une personne déterminée. L'acte accompli sera valable, mais pour en corriger les effets, le droit positif enlèvera à celui qui en profite le bénéfice qu'il en a tiré, ou bien encore il constituera la victime créancière d'une amende.

Quel est, parmi ces divers moyens, celui que le droit romain a employé pour venir au secours de la personne qui a contracté sous l'empire de l'erreur, qu'ont engendrée les manœuvres de son adversaire? C'est là la question qui va faire l'objet de notre section. Nous passerons successivement en revue les théories les plus importantes qui ont été édifiées sur ce sujet, nous examinerons les textes sur lesquels on les appuie, les textes qu'on leur oppose et nous aurons enfin à prendre parti dans cet important débat.

66. La doctrine des anciens interprètes qui ne fut pas sérieusement contestée jusqu'à Noodt, repose sur l'appréciation de l'influence que le dol a exercée sur la volonté de la personne trompée. Les manœuvres employées peuvent avoir pour résultat d'inspirer à celui qui contracte la volonté de s'obliger, les commentateurs ont qualifié d'une manière expressive ce dol, *de dolus dans causam contractui*. Leur effet a pu être tout autre; elles n'ont pas déterminé un contrat, mais elles ont amené l'insertion dans la convention de modalités, de conditions que la personne trompée n'aurait pas acceptées, si elle n'avait pas été dans l'erreur; le *dolus* est alors *incidens in contractum*.

Lorsque les manœuvres pratiquées à l'occasion d'un contrat de bonne foi, constituent un dol principal, le con-

trat est frappé de nullité absolue; si le dol est incident, le contrat est valable, mais la personne lésée obtiendra une indemnité égale au préjudice qu'elle éprouve.

Les commentateurs ont cru trouver cette distinction entre les deux sortes de dol, dans le Fr. 7 pr., *De dolo malo*; et remarquant que parmi les textes du Digeste les uns disent que le contrat vicié par les manœuvres est *nullum* ⁽¹⁾ *nullius momenti* ⁽²⁾, tandis que d'autres en reconnaissant l'existence, se contentent d'accorder, en cas de vente par exemple, une créance en augmentation ou en diminution du prix ⁽³⁾, ils ont soutenu que dans la première catégorie de textes, il s'agissait de dol principal, que dans la seconde, les jurisconsultes parlaient du dol incident.

67. Le texte fondamental de cette théorie est donc le Fr. 7 pr., à notre titre, bien connu sous le nom de loi *Et eleganter*. Nous allons le reproduire en entier et en donner une explication complète.

Et eleganter Pomponius hæc verba, si alia actio non sit, sic excipit quasi res alio modo ei, ad quem ea res pertinet, salva esse non poterit. Nec videtur huic sententiæ adversari, quod Julianus, lib. 4 scribit, si minor annis vigintiquinque consilio servi circumscriptus, eum vendidit cum peculio, emptorque eum manumisit, dandam in manumissum de dolo actionem. Hoc enim sic accipimus, carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit, aut nullam esse venditionem si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est, et quod minor proponitur non inducit

(1) Fr. 16, p. 1, *De minoribus*.

(2) Fr. 3, p. 3, *Pro socio*, 17, 2.

(3) Fr. 13, pp. 4 et 5, *De actionibus empti*, 19, 1.

in integrum restitutionem, nam adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere (Ulpianus, lib. 11, *ad edictum*). Nous commenterons d'abord ce texte sans tenir compte des mots *aut nullam esse venditionem si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est*, dont l'authenticité a été contestée; puis après avoir expliqué cette loi, nous aurons à nous demander quelle est, parmi les nombreuses traductions de la partie négligée, celle qui est le mieux en harmonie avec l'ensemble du fragment.

Ulpien, dans un commentaire de l'édit, explique ces mots du préteur : *Si alia actio non erit iudicium dabo*. De même que Pomponius, il les comprend de la manière suivante : *Si ea res alio modo ei adquem pertinet, salva esse non poterit*. Cette interprétation pouvait paraître en contradiction avec cette solution de Julien : un mineur de vingt-cinq ans, trompé par les manœuvres de son esclave, le vend avec son pécule, l'acheteur l'affranchit, Julien donnait contre l'esclave affranchi l'action *de dolo*. L'action *de dolo* n'est-elle pas accordée par le jurisconsulte alors que le vendeur avait à sa disposition une autre action? De deux choses l'une en effet, ou l'acheteur a participé au dol, ou il en est exempt. S'il est complice de la fraude, le vendeur obtiendra par l'action *ex vendito* la réparation du préjudice causé; s'il en est innocent, le vendeur étant lésé et de plus mineur de vingt-cinq ans, le droit prétorien lui accordera l'*in integrum restitutio*. Ulpien réfute ces deux objections : *Hoc enim sic accipimus carere dolo emptorem ut ex empto* ⁽¹⁾ *teneri non possit*.

(1) On peut remarquer que dans l'hypothèse prévue, ce n'est pas l'action *ex empto* mais l'action *ex vendito* qui appartient au vendeur. Cette inexactitude ne doit pas nous surprendre. Dans l'ancien droit,

Julien, dit-il, ne se préoccupe que de la seconde hypothèse, il suppose que l'acheteur n'a pas participé au dol. La première difficulté étant écartée, passons à la seconde. Pourquoi Julien ne donne-t-il pas l'*in integrum restitutio* au lieu de l'action *de dolo*? C'est que l'*in integrum restitutio* n'est jamais accordée contre un affranchissement : *nam adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere*.

68. L'explication du texte est jusqu'ici admise sans contestations, toute la difficulté se concentre dans ce membre de phrase *aut nullam esse venditionem si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est*. De la position de ces quelques mots, il semble bien résulter qu'Ulpien répond ici encore à une objection que l'on pouvait faire à la décision de Julien. Julien donne l'action *de dolo* contre l'esclave affranchi : pourquoi? c'est qu'il suppose que l'action *ex vendito* ne peut être intentée contre l'acheteur, ou bien parce qu'il n'a pas participé au dol ou bien encore « parce que la vente est nulle *si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est*. » Les partisans de la doctrine qui distingue le dol principal et le dol incident traduisent ainsi : « Si les manœuvres frauduleuses ont eu pour résultat d'amener le vendeur à contracter. »

L'acheteur, dans cette deuxième hypothèse, a participé à la fraude, il devrait donc être obligé de réparer le préjudice causé par l'action *ex vendito*, mais le dol dont le vendeur est victime étant un *dolus dans causam contractui*, le contrat est inexistant, il n'engendre donc pas

on ne distinguait pas en effet les deux rôles dans la vente et le louage. Fr. 19 et 20, *De actionibus empti*, 19, 1. *Veteres in emptione venditione que appellationibus promiscue utebantur. Idem est et in locatione et conductione.*

d'action. L'action *de dolo* sera donnée contre l'esclave affranchi; cette décision implique nécessairement que la tradition qui a suivi la vente a transféré la propriété de l'esclave à l'acheteur, et que l'affranchissement fait par ce dernier est valable.

69. L'explication que nous avons donnée de la loi *Et eleganter*, est conforme à celle de Cujas, mais l'illustre jurisconsulte comprend d'une manière entièrement différente la phrase : *aut nullam esse venditionem...* Dans le commentaire de notre texte, il dit en effet ⁽¹⁾ « : ... *recte Julianum scripsisse in manumissum de dolo actionem dari, nimirum quia deficiunt omnia juris remedia; nec enim in emptorem est ex vendito actio, quem bona fide emisse necessario ponendum est; alioquin si doli ipse auctor vel particeps fuisset, ipso jure nulla venditio est.* » Si l'acheteur est exempt de dol, l'action *de dolo* sera accordée contre l'esclave devenu libre; si l'acheteur a participé aux manœuvres, Cujas admet bien que le contrat sera nul, mais il en tire des conséquences tout autres que celles qui sont admises dans la première interprétation. Refusant l'action *de dolo* contre l'affranchi, il accorde au vendeur trompé la revendication de l'esclave, parce que le contrat étant nul, la tradition n'a pas rendu l'acheteur propriétaire, et que par suite l'affranchissement est sans effets : *Restat igitur, dolo ab emptore adhibito ut ipso jure venditio nulla sit. Ubi autem ob eam causam nulla venditio est, quod dolo emptoris circumscriptus venditor servum vendiderit, et nulla manumissio est quasi facta a non domino; ex nullo enim contractu*

(1) Cujas, *Ad legem et eleganter*, t. I, p. 974.

dominum non transfertur licet possessio transferatur, proinde servus a venditore vindicari poterit, et ideo hic hoc loco casus ab Ulpiano vel Juliano non tractatur, sed is quo venditio valet... (1).

En résumé, tandis que dans la première explication on admet que l'action *de dolo* est accordée que l'acheteur ait ou non participé aux manœuvres, Cujas prétend que la seule hypothèse que les jurisconsultes aient eu en vue, est celle où l'acheteur est exempt de dol.

Dans ces deux interprétations le point de départ est le même; on admet que lorsque l'acheteur a été complice des manœuvres de l'esclave, le contrat de vente n'a pu se former; c'est seulement sur les conséquences de la nullité qu'il y a désaccord. Sans nous préoccuper en ce moment de la théorie du dol principal et du dol incident, nous allons signaler quelques-unes des critiques que l'une ou l'autre de ces explications a fait naître. Si l'on croit que Julien donne contre l'esclave affranchi l'action *de dolo* lorsque l'acheteur a participé à la fraude, on se heurte à une première difficulté. N'est-il pas étrange, en effet, que le jurisconsulte signale l'action contre l'affranchi qui ne procurera à la personne lésée, qu'une indemnité trop souvent insuffisante, et qu'il se taise sur l'action *de dolo* qui pourrait être intentée contre l'acheteur dont la fortune sera en général supérieure au pécule de l'esclave?

Il faut aller plus loin : et ne pas hésiter à dire que cette explication repose sur une véritable erreur. Si l'acheteur est coupable de dol l'action *de dolo* n'existe pas, car le vendeur, en admettant la nullité du contrat aurait cepen-

(1) Cujas, *Ad legem et eleganter*, t. I, p. 975.

dant à sa disposition l'action *ex vendito* utile. Le p. 5, *de emptione et venditione* aux Institutes de Justinien, suppose qu'une personne vend de mauvaise foi des *loca sacra vel religiosa item publica*; la vente est ici nulle sans discussion possible, car son objet n'est pas dans le commerce⁽¹⁾ et cependant l'acheteur *habebit actionem ex empto... ut consequatur quod sua interest deceptum non esse* (2). Un autre texte d'Ulpien prévoit l'hypothèse même de la loi *Et eleganter*, et comme il est emprunté au livre 11, *Ad edictum*, Noodt pense avec raison qu'on doit les réunir (3). *Adversus libertatem quoque minori a prætore subveniri impossibile est. Verum vel de dolo, vel utilis actio erit in id quod minoris interfuit non manumitti* (4). L'action *de dolo* est donnée contre l'esclave affranchi quand l'acheteur n'a pas participé au dol, l'action *ex vendito* utile exclut l'action *de dolo*, quand l'acheteur a été mêlé à la fraude de l'esclave (5).

Les conséquences que Cujas tire de la nullité du contrat nous paraissent également inadmissibles. Sa traduction du mot *aut* torture le sens de cette expression; *aut* veut dire *ou bien* et non pas *autrement*, *s'il n'en était pas ainsi*. C'est surtout contre cette explication que les critiques de Noodt sont pleines de force. Le membre de phrase se

(1) P. 2, *De In. stip.* Inst., liv. III, tit. 19.

(2) P. 5, *De empt. et vend.* Inst., liv. III, tit. 23.

(3) Noodt, *De forma emendandi doli mali*, ch. XIV; Ulpianus, l. 7, pag. 316.

(4) Fr. 9, p. 6 et Fr. 11, *De minoribus*, 4, 4.

(5) Nous reconnaissons qu'en cas d'insolvabilité de l'acheteur, l'action *de dolo* pourra être exercée contre l'esclave affranchi; mais ce cas exceptionnel n'est certainement pas celui que les jurisconsultes ont en vue.

rattache difficilement au fragment, il arrête le développement des idées qui y sont contenues, il en a enfin toutes les apparences d'une note inscrite en marge par un glossateur, note qu'un copiste maladroit aurait plus tard fait rentrer dans le corps du texte. Laissons de côté ces critiques de forme et examinons les conséquences de la loi ainsi comprise. Le contrat est nul, dit Cujas, par conséquent la tradition n'a pas transféré la propriété, l'affranchissement n'est pas valable. Pour réfuter cette manière de voir il nous suffira de citer la C. 10. *De rescindenda venditione* ⁽¹⁾. « *Quem (dolum) si fuerit intercessisse probatum, non adversus eum, in quem emptor dominium transtulit, rei vindicatio venditori, sed contra illum, cum quo contraxerat, in integrum restitutio competit...* » La tradition est translatrice de propriété malgré le dol qui a vicié le contrat, puisque celui à qui la chose a été livrée, a pu en rendre un tiers propriétaire. La *justa causa* consiste en effet pour la tradition, dans l'accord de deux volontés tendant l'une à aliéner, l'autre à acquérir une certaine chose : elle ne doit pas être confondue avec le fait juridique dont elle est l'exécution. Ce qui le prouve, c'est que la tradition faite par erreur, en vertu d'un acte nul, transfère la propriété et ne donne au *tradens* qu'une *condictio indebiti* ou une *condictio ex injusta causa* ⁽²⁾.

Dans l'hypothèse prévue par la loi *Et eleganter*, en admettant que la conséquence du dol soit la nullité du

(1) C. 10, *De resc. vend.*, Code, 4, 44.

(2) Voir pour cette théorie, M. Accarias, t. I, 3^{me} édit., n° 226 et les titres *De condictione indebiti*, 12, 6; *De cond. ob turpem vel injust. causam*, 12, 5.

contrat, le vendeur n'aurait donc ni l'action *de dolo*, ni la revendication, mais l'action *venditi* utile.

30. Noodt, dans l'interprétation qu'il donne de notre texte, supprime la difficulté que présente l'explication des mots : *aut nullam.....* en soutenant, ainsi que nous l'avons dit, qu'ils n'appartiennent pas à Ulpien. Cette phrase gêne en effet la marche du raisonnement, elle exprime une idée que nous ne voyons nulle part reproduite dans les écrits des jurisconsultes; enfin, la construction de l'hypothèse qu'elle vise présente des obstacles presque insurmontables. Noodt fait encore remarquer que si ce membre de phrase était d'Ulpien, la façon dont ce jurisconsulte s'exprime prêterait à de sérieuses critiques. Dans les explications qui avaient été proposées au moment où Noodt écrivait, on supposait que l'acheteur avait participé aux manœuvres. Pourquoi Ulpien n'avait-il pas fait cette observation importante, pourquoi disait-il *si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est*, et non *si ab hoc ipso (emptore) ut venderet circumscriptus est* (1)? Dans l'hypothèse prévue, le dol avait eu pour effet de déterminer une personne à vendre un esclave, c'était donc pour employer le langage consacré un *dolus causam dans*; il était inutile de le rappeler, et il serait bien étrange qu'Ulpien l'ait fait remarquer sous une forme aussi malheureuse. Il ne dit pas, en effet : *et parce qu'il s'agit d'un dol principal le contrat est nul*, mais *et s'il s'agit d'un dol principal le contrat est nul*, paraissant ainsi oublier quel était l'exemple sur lequel il avait jusque-là raisonné. L'opinion de Noodt, qui voit, dans la phrase en question, une addition de glosateur, est donc

(1) Noodt, t. I, *De forma emendandi doli mali*, ch. XIV, p. 316.

vraisemblable et nous n'hésiterions pas pour notre part à l'adopter, si Noodt ne constatait pas lui-même que cette phrase malencontreuse se retrouve dans tous les manuscrits et qu'elle est de même reproduite dans les Basiliques. Il fait cependant observer que la particule *aut* est placée entre deux astérisques dans le texte des Florentines.

31. M. de Vangerow a expliqué la loi *Et eleganter* en se plaçant à un point de vue tout différent. D'après lui, le texte prévoit les deux hypothèses où l'action *de dolo* sera accordée; en premier lieu, quand l'acheteur n'aura pas participé au dol; en second lieu, quand le contrat sera nul par suite d'une erreur essentielle dans laquelle le vendeur aura été induit, par exemple, d'une erreur sur la nature du contrat. Tandis que dans les autres explications on voit dans le texte une antithèse entre le cas où l'acheteur a participé au dol et celui où il y a été égaré, M. de Vangerow admet que dans les deux hypothèses l'acheteur est exempt de fraude. L'opposition signalée par le texte, proviendrait de ce que dans un cas le contrat est valable, tandis que dans l'autre il est nul. Pourquoi doit-on supposer que l'acheteur n'a commis aucun dol? La véritable raison c'est qu'en cas de dol de l'acheteur, le vendeur avait malgré la nullité du contrat, provenant, non du dol mais de l'erreur destructive du consentement, une action *venditi* utile pour obtenir la réparation du préjudice causé et que cette action excluait l'action *de dolo*. M. de Vangerow donne un autre motif : « car s'il en était ainsi, *et que la nullité du contrat résultât de dol de l'acheteur, la propriété de l'esclave n'aurait pu être transférée, conséquemment l'affranchissement opéré par l'acheteur apparent serait frappé de nullité, et il ne*

saurait être parlé d'action doli contre l'affranchi ⁽¹⁾ . »

Si cette observation était fondée, elle aurait pour résultat de détruire le système de M. de Vangerow; car, si la nullité pour cause de dol avait pour effet de rendre impossible l'affranchissement; la nullité pour cause d'erreur aurait une conséquence identique, et dans le second cas comme dans le premier il ne pourrait être question d'action *de dolo*. Nous croyons que la tradition a transféré la propriété à l'acheteur, et que l'affranchissement est valable, que le contrat qui sert de motif juridique à l'aliénation soit nul ou annulable. L'acheteur étant de bonne foi, l'action du contrat ne pourra être exercée contre lui, et l'action *de dolo* contre l'esclave devenu libre, sera la seule ressource du vendeur. Nous adoptons l'explication de M. de Vangerow ainsi comprise, car elle nous paraît échapper à toutes les critiques, qu'a soulevées l'interprétation de notre texte.

M. Touzand, dans sa thèse de doctorat, a reproduit la traduction de Cujas, mais au lieu de dire que la vente est nulle si l'acheteur a participé aux manœuvres, il croit que le mot *nulla* signifie qu'elle est annulable. Cette manière de voir, qui a le grand avantage de transformer en argument l'objection que l'on peut faire à la théorie généralement admise par les commentateurs modernes, ne doit pas cependant être adoptée. Cette interprétation prête aux mêmes critiques que celle de Cujas, de plus, en admettant que le dol peut rendre annulable le contrat qu'il vicie, cet effet ne peut se produire dans l'hypothèse prévue, car la validité de l'affranchissement étant admise, on ne conçoit pas que l'action intentée puisse

(1) Traduction de M. Touzand, Th. D., p. 69.

aboutir à autre chose qu'à des dommages et intérêts.

Nous croyons donc, en résumé, que les mots : *aut nullam esse...* visent une hypothèse d'erreur essentielle et qu'ils sont complètement étrangers, au point de savoir quel peut être l'effet du dol sur la formation d'un contrat. La question subsiste entière, nous aurons donc à l'examiner en laissant désormais de côté la loi *Et eleganter*, qui, dans le seul cas où elle traite de fraude, s'occupe non pas d'un dol commis par l'une des parties, mais d'un dol provenant d'un tiers.

§ 2. Le dol, sauf dans les hypothèses exceptionnelles où il agit en produisant une erreur essentielle, laisse subsister la volonté de la personne trompée. Nous avons démontré que le contrat se formait malgré les manœuvres qui l'avaient déterminé, nous nous bornerons ici à fortifier notre argumentation en l'appuyant sur quelques motifs, que nous n'avons pas encore allégués, et à réfuter les arguments qui ont été invoqués, en faveur de la théorie de la nullité des contrats, entachés de dol principal, d'après les anciens commentateurs, de dol quelconque, d'après Noodt.

Un contrat nul est inexistant, il n'est pas susceptible de ratification; l'obligation qui en dérive ne peut, par la disparition du vice qui l'a empêché de naître, acquérir la vie qui lui manque. Lorsqu'un contrat de bonne foi a été déterminé par le dol d'une des parties, ce contrat peut servir de base à une *transcriptio* ⁽¹⁾, il peut faire l'objet d'une novation ⁽²⁾. Pour le démontrer, il suffit de rappeler la vente d'une maison de campagne par le ban-

(1) Cicéron, *De off.*, liv. III, ch. xv.

(2) 19, *De nov.*, 46, 2.

quier Pythius au chevalier romain Canius; dans l'anecdote contée par Cicéron, le dol dont souffrait l'acheteur était un dol principal, car il avait amené la formation même du contrat, et cependant l'obligation de l'acheteur n'était pas nulle, puisqu'elle put valablement être transformée en obligation *litteris*. C'est en vain qu'on alléguerait ici l'existence d'une obligation naturelle, l'obligation naturelle implique consentement, et si on affirme que le contrat est nul, on est forcé de reconnaître que le consentement fait défaut.

Pour prouver que le contrat s'est formé, on peut encore invoquer les textes qui nous indiquent l'existence malgré le dol, de l'action du contrat. Nous ne citerons pas des hypothèses dans lesquelles les jurisconsultes accordent une action de bonne foi à la personne lésée, car nous avons montré que cette action peut lui être donnée *utilitatis causa* pour obtenir des dommages et intérêts malgré la nullité de la convention; mais nous signalerons un texte qui permet à l'auteur des manœuvres lui-même d'intenter l'action qui est née du contrat : *Si quis colludente procuratore meo, ab eo emerit, an possit agere ex empto? Et puto hactenus ut aut stetur emptioni aut discedatur* ⁽¹⁾.

Comment concevoir qu'un acte juridique inexistant, puisse être invoqué par celui par la faute duquel il n'est pas arrivé à la vie?

Non-seulement un acte nul ne peut être sanctionné par une action, non-seulement il n'est pas susceptible de ratification, mais encore il ne peut être rescindé, car on ne peut détruire ce qui n'existe pas. Et cependant

(1) Fr. 13, p. 27, *De actione empti*, 19, 1.

nous trouvons au Code le titre *De rescindenda venditione*, où le dol est indiqué comme une des causes d'annulation de la vente (1). Cette objection n'avait pas échappé aux anciens jurisconsultes, et nous voyons Cujas s'efforcer de la détruire (2). *Si dolus dans causam venditioni, vitiat eam ipso jure, quid opus est rescissione? Dicamus: venditio duo significat, venditionem nudam et venditionem, quæ traditione sumpsit effectum, id est venditionem et alienationem dominii. Venditio cui dolus, vel metus dedit causam ipso jure nulla est, ideo ex ea nulla nascitur actio ultro citroque. Venditio et traditio, quibus dolus aut metus causam dedit egent rescissione, nam rescindi debet traditio quæ intercessit, et restitui omnia in integrum; venditio illa non rescindetur sed traditio.* Dans la vente il faut donc distinguer deux choses, la vente en elle-même qui est bien nulle, et la tradition qui, au contraire, a valablement transféré la propriété. Nous croyons nous aussi que le contrat, fût-il nul, la tradition serait cependant valable, mais les textes parlent de la rescision de la vente et non pas de la rescision de la tradition. *Si dolo adversarii deceptum venditionem prædii te fecisse Præses provinciæ aditus animadverterit rescindi venditionem jubebit* (3). Si on examine la const. 10 au même titre, on voit que dans ce texte il ne peut s'agir de la rescision de la tradition. Un acheteur se rend coupable de dol; ayant reçu la chose vendue, il en transfère la propriété à un tiers. Le texte nous dit: *Non adversus eum in quem emptor dominium transtulit, rei*

(1) C. 5 et 10, *De rescind. vend.*, 4, 44. Voir également Fr. 11, p. 5, *De actionibus empti*, 19, 1.

(2) Cujas, t. IX, p. 371, *Ad titulum de rescindenda venditione*.

(3) Cod., C. 5, *De rescind. vendit.*, 44, 4.

vindicatio venditori, sed contra illum, cum quo contraxerat, in integrum restitutio competit. La tradition a transféré la propriété à l'acheteur, mais ce n'est pas de cette tradition que l'on poursuit la rescision; la chose est entre les mains d'un tiers, et ce que l'acheteur réclame c'est la réparation du préjudice qu'il éprouve. L'expression d'*in integrum restitutio* que le texte emploie n'est pas prise dans son sens technique; l'*in integrum restitutio* n'est en effet opposable qu'à celui contre qui elle a été prononcée, et dans notre hypothèse elle est accordée *contra illum cum quo contraxerat (vendedor)*, elle ne pourra donc être invoquée contre le tiers acquéreur étranger à l'instance.

33. Nous avons établi à l'aide d'arguments directs que le contrat vicié par le dol d'une des parties n'était pas nul, nous avons maintenant à interpréter les textes qui ont été invoqués à l'appui de la théorie que nous combattons.

Ces textes ont servi de base à un système intermédiaire imaginé par Mühlenbruck. Ce jurisconsulte, tout en admettant qu'en principe le dol n'a pas pour effet la nullité du contrat, croit cependant que dans les hypothèses particulières que ces textes ont en vue, ce résultat se produira. En prouvant que dans les hypothèses de ces textes le contrat s'est formé, on réfute donc le système absolu de Noodt, celui de la nullité en cas de dol principal admis par les anciens commentateurs, enfin la théorie intermédiaire dont Mühlenbruck a été le défenseur.

A. Une vente a pour objet une maison; au moment où le contrat intervient, les deux parties savent que cette maison vient d'être détruite en totalité ou en partie par

un incendie, le texte nous dit : *Nihil actum fuisse, dolo inter utramque partem compensando, et iudicio quod ex fide bona descendit, dolo ex utraque parte veniente, stare non concedente* (1).

Si la maison est détruite en totalité, le contrat est nul faute d'objet; si les parties ont contracté de bonne foi, et si elles ont connu l'une et l'autre au moment de la vente, la destruction partielle de l'immeuble, le contrat est valable, car rien n'interdit de prendre comme objet d'un contrat un bien détérioré. Mais si le vendeur et l'acheteur ayant appris l'incendie, ont mutuellement essayé de se tromper, si le vendeur pour obtenir un prix plus élevé a gardé le silence sur l'accident qu'il connaissait, si l'acheteur a usé de manœuvres frauduleuses, de faux messages pour faire croire au vendeur que l'immeuble était entièrement détruit, le prêteur refusera de délivrer les actions que le contrat a fait naître. Nous trouvons ici l'application d'une règle que nous avons posée quand nous avons recherché les conditions auxquelles le dol était puni en droit romain : pour pouvoir se plaindre du dol d'une personne, il faut soi-même n'avoir aucun dol à se reprocher. Le contrat est-il nul? Non sans doute; pour le prouver il suffit de remarquer que si ce contrat a été exécuté, l'acheteur ne pourra pas réclamer le prix payé, le vendeur, la chose par des *condictiones indebiti*, le prêteur leur refuserait ici encore l'arme réclamée en lui disant : *Cum par delictum est duorum, semper oneratur petitor et melior habetur possessoris causa* (2).

(1) Fr. 57, p. 3, *De cont. emptione*, 18, 1.

(2) Fr. 154, *De reg. juris*, liv. L, tit. 17.

B. Certains biens d'un pupille sont vendus; le pupille contracte lui-même muni de l'*auctoritas* de son tuteur, ce dernier peut-il se porter acquéreur? Ulpien nous répond que le tuteur ne peut jouer le double rôle de vendeur et d'acheteur, mais que s'il est assisté d'un cotuteur, l'*auctoritas* de ce dernier suffit. *Sed enim si cotutorem habeat, cujus auctoritas sufficit, proculdubio emere potest, sed si mala fide emptio intercesserit, nullius erit momenti* ⁽¹⁾. En cas de collusion du tuteur et du cotuteur la vente sera *nullius momenti*. Quel en est le motif?

La raison de l'inefficacité du contrat peut provenir soit du dol de l'acheteur, soit de la fraude du cotuteur dont l'*auctoritas* peut être considérée comme fictive. L'hypothèse est toute spéciale, et l'effet que nous constatons ne dérive sans doute pas du dol de l'acheteur, mais quelle que soit la cause qui vicie la vente il y a une chose incontestable, c'est que le contrat n'est pas nul. Le texte lui-même le prouve, car il admet la possibilité d'une ratification : *sane si suæ ætatis factus comprobaverit emptionem, contractus valet*. Les mots *nullius momenti* n'ont pas d'ailleurs le sens absolu qu'on leur prête; nous voyons en effet Scævola se demander si dans le cas où une personne donne en fraude de ses créanciers, un gage pour fortifier une dette antérieure, cette constitution sera *nullius momenti*. L'acte n'est pas nul, cela est certain, le jurisconsulte se pose ici la question de savoir, si on peut faire tomber ce contrat valable, au moyen de l'action Paulienne ⁽²⁾.

C. Dans les derniers textes que l'on invoque, il est

(1) Fr. 5, p. 2, *De auctoritate et consensu*, liv. XXVI, tit. 8.

(2) Fr. 22, *Quæ in fraudem creditorum*, liv. XLII, tit. 8.

question de société, Mühlenbruck en conclut que le dol rendait nul ce contrat. *Societas si dolo malo aut fraudandi causa coita sit, ipso jure nullius momenti est, quia fides bona contraria est fraudi et dolo* (1).

On a donné de ce texte deux explications. M. Maynz croit qu'il s'agit non pas d'une société surprise pour dol, mais d'une société contractée librement par les parties, dans l'intention de faire des opérations frauduleuses, *fraudandi causa*. L'objet du contrat étant illicite, la société n'a pu se former. Cette interprétation n'est pas exacte, car elle ne concorde pas avec le motif que Paul donne de sa décision : *Quia fides bona contraria est fraudi et dolo*. De plus, Noodt fait remarquer que les mots *dolo aut fraudandi causa* constituaient une sorte de formule consacrée pour indiquer le dol qui viciait le consentement, et que cette formule était souvent remplacée par les lettres D. M. F. C. Il s'agit donc dans le texte que nous examinons de manœuvres dont une des parties a usé à l'égard de l'autre, pour l'amener à faire un contrat de société; le contrat sera *ipso jure nullius momenti*, c'est-à-dire qu'il sera rendu inefficace, non pas comme une stipulation surprise par fraude en invoquant le droit prétorien, mais en s'appuyant sur le droit civil lui-même. La personne trompée repoussera les poursuites de son adversaire sans avoir besoin de faire insérer dans l'action *pro socio* l'exception de dol, elle pourra agir par l'action même du contrat pour obtenir la réparation du préjudice causé.

Voici le dernier texte que nous ayons à examiner : *Item relatum est apud Labeonem, si minor circumscriptus so-*

(1) Fr. 3, p. 3, *Pro socio*, 17, 2.

cietatem coierit, vel (etiam) donationis causa, nullam esse societatem nec inter majores quidem et ideo cessare partes Prætoris. Idem et Ofilius respondit : Satis enim ipso jure munitus est ⁽¹⁾. Dans le *principium* de la même loi, Ulpien a posé la règle que l'*in integrum restitutio* est un *extraordinarium auxilium*, qui ne doit pas être accordé au mineur de 25 ans, quand celui-ci a à sa disposition un autre recours. Le mineur qui a été trompé par le dol de son adversaire, avec qui il a fait un contrat de société, obtiendra-t-il l'*in integrum restitutio*? Labéon répond que cette arme ne lui sera jamais donnée. Sous la forme de la société une donation se déguise-t-elle, le contrat est nul indépendamment de toute question de dol, et il serait nul même entre majeurs ⁽²⁾. Si le contrat, sans constituer une donation, cause un préjudice au mineur qui a été *circumscriptus*, l'*in integrum restitutio* lui sera encore refusée, et le prêteur n'aura rien à faire, le mineur trouve en effet dans le droit civil des moyens de protection suffisants. Ces armes seront, suivant qu'il jouera dans l'instance, le rôle de demandeur ou de défendeur, l'action même du contrat ou l'exception de dol, qui sera sous-entendue dans l'action accordée à son adversaire.

(1) Fr. 16, p. 1, *De minoribus viginti quinque annis*, 4, 4.

(2) Fr. 5, p. 2, *Pro socio*, 17, 2.

§ II.

SOMMAIRE.

- 74. Doctrine des commentateurs modernes.
- 75. La distinction du dol en principal et incident est-elle romaine?
- 76. Examen des propositions dans lesquelles se résume la théorie.
 - A. Le dol principal rend le contrat annulable.
- 77. B. Le dol incident permet à la victime de réclamer des dommages et intérêts.
- 78. Théorie proposée pour expliquer les effets différents que le dol peut produire.
 - Le dol donne droit à des dommages et intérêts, mais dans certains cas l'auteur des manœuvres peut éviter la condamnation en offrant la résolution du contrat.
- 79. Textes à l'appui.
- 80. Le contrat n'est pas exécuté. C'est une application des règles sur la compensation sous le système formulaire.
- 81. Il est exécuté. C'est une conséquence de la règle *omnia judicia sunt absolutoria*.
- 82. Examen de textes qui pourraient être opposés à cette théorie.
 - Conclusions.

34. Les contrats entachés de dol n'étant pas nuls, quelle réparation la victime des manœuvres obtiendra-t-elle? Pourra-t-elle réclamer la rescision du contrat ou seulement des dommages et intérêts? Les commentateurs modernes tout en abandonnant la théorie de la nullité des contrats, ont cependant reproduit la distinction sur laquelle elle était établie. Le contrat déterminé par un dol principal est annulable, ont-ils dit, celui qui est vicié par un dol incident est valable, mais les manœuvres feront naître une créance en réparation au profit de la victime. Cette règle abstraite, on reconnaît bien qu'elle ne se

trouve nulle part dans les écrits des jurisconsultes, mais on prétend qu'elle en peut être induite.

Parmi les textes, il en est qui donnent à la personne trompée, le droit de réclamer en cas de vente par exemple, une augmentation ou une diminution du prix, il en est d'autres qui lui permettent de demander la rescision du contrat lui-même. N'est-il pas naturel d'expliquer la différence dans les solutions par la différence dans les hypothèses, de voir dans les unes, des cas de *dolus incidens*, dans les autres des cas de *dolus causam dans*, et de reconnaître la distinction établie par les anciens commentateurs? Cette distinction est équitable, dit-on; quel est, en effet, le but que le législateur se propose? c'est de réparer complètement le préjudice qui résulte du dol. Si les manœuvres n'avaient pas eu lieu, la personne trompée n'aurait pas contracté, le droit positif doit lui permettre de réclamer la rescision de l'acte juridique. Le dol n'a pas déterminé la convention, mais il a amené une des parties à accepter des conditions plus onéreuses, il ne faut pas détruire le contrat mais le modifier dans les limites de l'équité, c'est-à-dire dans la mesure du préjudice que le dol a causé. La personne lésée aura une créance d'argent qu'elle fera valoir au moyen de l'action du contrat, ou qu'elle invoquera comme demande reconventionnelle sous la forme d'une exception : « *Ut consequatur quod sua interest deceptum non esse* ⁽¹⁾. »

Cette théorie, admise par la plupart des commentateurs pour les contrats de bonne foi, a été étendue par un certain nombre d'entre eux aux contrats de droit strict. M. Van Wetter dit notamment que l'équité oblige d'avoir

(1) Inst., p. 5, *De emptione et venditione*, liv. III, tit. 24.

égard à cette distinction, et « *qu'il est impossible que l'action de dol, dont le but est d'obtenir la réparation de la fraude, conduise à la rescision du contrat, alors que la partie trompée l'eut conclu sans le dol, et partant ne saurait se plaindre d'avoir été lésée par le fait de sa conclusion* (1). »

M. Maynz pense au contraire que toutes les fois que la réparation du préjudice causé, est poursuivie au moyen d'une action de dol ou d'une *in integrum restitutio*, le juge doit prononcer la rescision du contrat. Il n'y aurait que dans les cas où la rescision serait impossible que la personne lésée réclamerait des dommages et intérêts (2). Nous ne croyons pas devoir nous rattacher au système de M. Van Wetter; nous n'adoptons pas, en effet, la distinction du dol en principal et incident dans les contrats de bonne foi, nous devons donc l'écarter à plus forte raison dans les contrats de droit strict. Le dol, quel qu'il soit, ne peut avoir qu'un effet, faire naître au profit de la victime une créance d'indemnité, et ce n'est que par suite de principes particuliers à la législation romaine, que l'instance pourra aboutir à la destruction du contrat.

35. La distinction du dol en principal et incident, qui paraît au premier abord très satisfaisante, et bien faite pour procurer à la victime une juste réparation, présenté dans la pratique de grandes difficultés. Le critérium que l'on propose, critérium qui a été adopté par les rédacteurs du Code civil, est en effet bien incertain.

Quel est le but qu'en général deux personnes pour-

(1) Van Wetter, *Cours élémentaire de droit romain*, t. I, p. 755.

(2) Maynz, *Traité des obligations*, par. 33.

suivent en contractant, c'est de faire une convention avantageuse. Lorsque Sempronius achète l'esclave Stichus pour la somme de cent, quels sont les mobiles auxquels il a obéi? Il avait sans doute besoin d'un esclave, il a pris Stichus comme il aurait pris Davus, et s'il a préféré le premier, c'est qu'il a trouvé le marché préférable. Les raisons qui l'ont déterminé sont multiples, on peut les comparer à des poids qu'on met dans le plateau d'une balance, il est aussi impossible de dire celui qui a fait incliner le fléau que de connaître le motif qui a amené l'acheteur à vouloir. Les commentateurs qui s'attachent à cette distinction, ne peuvent se dissimuler combien elle est fragile. Devant les solutions contradictoires adoptées par les jurisconsultes dans des hypothèses identiques, ils sont forcés de reconnaître qu'en pratique il y a toujours une question d'intention à apprécier.

La distinction que nous avons combattue est-elle romaine?

On l'a prétendu. Cette théorie se résume en deux propositions que nous allons examiner successivement.

36. *Le dol principal permet la rescision du contrat de bonne foi à l'occasion duquel il s'est produit.* On invoque, à l'appui de cette allégation, les mots de la loi *Et eleganter : aut nullam esse venditionem si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est.* Nous avons cherché à démontrer qu'il s'agissait ici de nullité, et que cette nullité provenait non pas du dol, mais d'une erreur essentielle destructive du consentement.

Mais même dans l'opinion de ceux qui pensent que l'acheteur est ici complice des manœuvres, il est impossible d'admettre que le contrat soit annulable. La tradition qui a suivi la vente a en effet transféré la propriété de l'es-

clave à l'acheteur, et l'affranchissement n'est pas susceptible d'être rescindé. Ce texte prévoit bien une hypothèse de dol principal, car il s'agit ici de manœuvres qui inspirent à la personne trompée l'idée de contracter, mais ce dol n'a pas pour effet de rendre le contrat annulable, car l'annulation ne peut se concevoir dans les circonstances de la cause.

On a encore invoqué, à l'appui de cette doctrine, le Fr. 16, p. 1, *De minoribus*, 4, 4, et le Fr. 3, p. 3, *Pro socio*, 17, 2. Ces textes que nous avons déjà commentés, disent que la société surprise par dol est *nulla, nullius momenti*. On a traduit les mots *nulla, nullius momenti* par rescindable; cette façon de comprendre ces expressions est discutable. De plus, il faut remarquer que rien dans ces textes, n'indique que le dol qui est intervenu lors de la formation de la convention, a inspiré à la personne trompée la volonté de contracter.

Le Fr. 11, p. 5, *De act. empti*, 19, 1, prévoit une hypothèse où la victime du dol a le droit de réclamer l'anéantissement du contrat : *Si quis virginem se emere putasset cum mulier venisset, et sciens errare eum venditor passus sit; redhibitionem quidem ex hac- causa non esse, verumtamen ex empto competere actionem ad resolutionem emptionem, ut pretio restituto mulier reddatur.*

Ici le dol a bien pour effet de rendre le contrat annulable, mais ce texte ne démontre pas la vérité de la proposition que nous examinons. On est obligé de sous-entendre que le dol dont il s'agit est principal, que l'acheteur n'aurait pas contracté s'il avait su que l'esclave n'était plus une vierge.

§ 3. *Le dol incident ne donne droit qu'à des dommages et intérêts.* Pour le démontrer on cite plusieurs textes

qui permettent à la victime de réclamer une somme d'argent comme réparation du préjudice qu'elle a éprouvé. Un vendeur, pour obtenir un prix plus élevé d'un esclave, fait croire à l'acheteur qu'il est habile dans l'exercice d'un métier, qu'il a un pécule important. Par l'action *empti*, la personne trompée exigera une somme égale à la diminution de valeur de l'esclave. De même, si un acheteur détourne certains objets d'une hérédité pour l'acquérir à bon marché, le vendeur, par l'action *ex vendito*, demandera un supplément de prix ⁽¹⁾.

Dans les hypothèses prévues par ces textes, il semble bien qu'il s'agit de dol incident, mais ce qui n'est pas démontré, c'est que le dol ne puisse amener la destruction du contrat.

Paul examinant l'hypothèse même du Fr. 13, p. 4, admet que la vente de l'esclave pourra être rescindée ⁽²⁾. De même la constitution 4, *De hereditate vendita*, 4, 39, qui statue sur la vente d'une hérédité, nous dit que le vendeur trompé ne pourra être forcé d'exécuter le contrat : *Qui nondum certus de quantitate hereditatis persuadente emptore, quasi exiguam quantitatem eam vendidit, bonæ fidei judicio conveniri ut res tradat vel actiones mandet non compellitur*. Ce droit de se refuser à l'exécution n'équivaut-il pas à la rescision de la vente? En présence de ces textes permettant les uns de demander des dommages et intérêts, les autres de réclamer la rescision du contrat dans des hypothèses identiques, que reste-t-il de la seconde proposition que nous avons examinée?

On a encore fait valoir un texte au premier abord plus

(1) Fr. 13, pp. 4 et 5, *De actionibus empti*, 19, 1.

(2) Paul, *Sent.*, liv. II, tit. xvii, p. 6.

embarrassant, dans lequel on a cru trouver à la fois, la double distinction en dol principal et en dol incident, et les effets différents que chacun d'eux est susceptible de produire : *Si mulier se dicat circumventam minoris rem æstimasse, utputa servum, siquidem circum in hoc venta est quod servum dedit, non tantum in hoc quod minoris æstimavit, in eo acturam ut servus sibi restituatur; enim vero si in æstimationis modo circumventa est, erit arbitrium mariti, utrum justam æstimationem, an potius servum prestat* ⁽¹⁾. La constitution de dot peut se faire de deux manières, avec ou sans estimation, dans le premier cas, on dit que l'estimation vaut vente, le mari est débiteur du prix à la dissolution du mariage; dans le second, il doit rendre l'objet même de la dot, si cet objet est un corps certain. Le dol du mari peut avoir un double but, faire abaisser l'estimation : il a reçu un esclave qui vaut 100, on l'estime 60, il rendra 60; il peut encore avoir pour résultat, non-seulement de faire estimer l'esclave à un prix inférieur, mais d'amener l'estimation elle-même. Il y aura grand avantage, si, par exemple, il prévoit que l'esclave est susceptible d'une plus-value considérable. Dans le premier cas, il y a, dit-on, dol incident et créance en augmentation du prix; dans le second, dol principal et annulation de la constitution de dot. Nous ne croyons pas qu'on puisse voir, dans cette deuxième hypothèse, un dol principal. Le dol principal est celui qui a pour but d'inspirer à une personne la volonté de contracter, il aurait dans l'espèce pour résultat d'amener la constitution de dot. Mais que le dol ait pour effet de produire l'estimation elle-même ou une estimation trop faible, il

(1) Fr. 12, p. 1, *De jure dotium*, 23, 3.

sera nécessairement incident, car il ne détermine pas le contrat, mais une de ses clauses accessoires. Comment expliquer la divergence de solutions? Le dol du mari cause à la femme un préjudice, la femme a le droit d'en réclamer la réparation intégrale. Si l'estimation de l'esclave est inférieure à sa valeur réelle, la femme demandera une somme égale à la valeur de l'esclave au moment de la constitution de dot, car elle y aurait droit si son mari n'avait usé de manœuvres. Le dol a-t-il déterminé l'estimation elle-même, la femme, si elle n'avait pas été trompée, pourrait réclamer un corps certain, elle exigera la valeur de l'esclave d'après une estimation faite à la dissolution du mariage. En résumé, la seule règle à poser, c'est que celui qui se rend coupable d'un dol doit la réparation du préjudice causé.

38. Nous avons écarté la division du dol en dol principal et en dol incident, qui est proposée par de nombreux auteurs, pour expliquer que dans certaines hypothèses, les manœuvres frauduleuses qui se produisent lors de la formation d'un contrat, le rendent annulable, tandis que d'autres elles permettent seulement à la victime de demander des dommages et intérêts. Nous croyons que la cause de cette différence de solutions ne doit pas être recherchée dans l'influence que le dol a exercée sur la volonté, mais plutôt dans certaines particularités du système formulaire. En principe, le dol ne produit qu'un seul effet, il engendre au profit de la victime le droit à une réparation pécuniaire. Dans certains cas, l'auteur des manœuvres pourra se soustraire à la condamnation qu'il a encourue, en renonçant à se prévaloir du contrat vicié par sa mauvaise foi. Il paraît peu équitable au premier abord de donner cette option à l'auteur de

l'acte illicite; ce système présente cependant de grands avantages, car tout en sauvegardant les intérêts de la personne trompée, il garantit son adversaire contre les dangers de réclamations exagérées, présentant de sérieuses difficultés d'appréciation.

29. Cette manière de voir est confirmée par les textes. Paul examinant l'hypothèse où un vendeur trompe son acheteur sur les qualités d'un esclave pour en obtenir un prix plus élevé, donne à l'acheteur le droit de réclamer une diminution de prix, mais le vendeur pourra s'il le préfère éviter la condamnation en offrant de résoudre le contrat : *Si ut servum quis pluris venderet, de artificio ejus vel peculio mentitus est, actione ex empto conventus quanto minoris valuisse, emptori præstare compellitur, nisi paratus sit eum redhibere* (1). De même la loi 12, p. 1, *De jure dotium*, 23, 3, que nous avons expliquée, supposant qu'un mari emploie des manœuvres pour faire estimer au-dessous de sa valeur un esclave constitué en dol, lui laisse lors de la dissolution du mariage le choix de rendre à sa femme l'esclave lui-même ou une juste estimation : *Enim verò si in æstimationis modo circumventa est, erit arbitrium mariti, utrum justam æstimationem an potius servum præstet*. Cependant si l'esclave est mort à cette époque; l'obligation du mari que l'on peut considérer comme facultative ne pourra plus être éteinte que par le paiement de l'estimation de l'esclave; il serait en effet inique que le dol du mari fût pour lui une cause de gain, tandis qu'il causerait un préjudice à sa femme.

Dans l'opinion généralement admise et que nous avons

(1) P. 6, *Sent.* de Paul. liv. II, tit. 17.

rejetée, le choix est donné non pas à l'auteur du dol, mais à celui qui en souffre. On argumente à l'appui de ce système de la loi 13, p. 27, *De actionibus empti*, 19, 1 : *Si quis colludente procuratore meo, ab eo emerit, an possit agere ex empto? Et puto hactenus ut aut stetur emptioni aut discedatur*. Mon mandataire colludant avec un acheteur lui vend un bien qui m'appartient, ce dernier pourra néanmoins intenter l'action *ex empto* pour savoir si je préfère la rescision du contrat ou son maintien, et ne pas rester dans une incertitude indéfinie. Cette traduction n'est pas exacte; le texte ne dit pas que l'action sera donnée à l'acheteur, pour que moi vendeur je puisse m'en tenir au contrat ou en réclamer la rescision, mais que l'action sera exercée pour qu'on s'en tienne au contrat ou qu'on en demande la nullité. Le passif dont se sert le jurisconsulte, loin de trancher la question posée en faveur du vendeur, semble être favorable au système d'après lequel l'acheteur peut demander l'exécution du contrat en payant des dommages et intérêts, ou au contraire renoncer à s'en prévaloir et se soustraire ainsi à toute condamnation. Examinons d'ailleurs la façon dont les textes nous parlent des hypothèses où le contrat est réellement annulable et nous verrons combien le langage qu'ils emploient est différent. Lorsqu'un impubère a contracté seul, on admet sans difficulté qu'il peut demander l'exécution ou la rescision de l'acte juridique. Le Fr. 13, p. 29, à quelques lignes de distance du Fr. 27 que nous avons cité, nous dit : *Si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus, nam qui emit obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat*.

Le législateur a posé cette règle que le pupille pourrait

faire sa condition meilleure, mais qu'il ne pourrait la rendre pire, il en a tiré cette conséquence dans les contrats synallagmatiques, dans la vente par exemple, que le pupille devenu créancier du prix n'était pas débiteur de la chose. Si le pupille est poursuivi par l'acheteur qui demande l'exécution du contrat, il lui oppose la nullité de la vente, sans avoir besoin d'exception; si le pupille préfère réclamer l'exécution du contrat, il le peut, mais l'acheteur aura le droit d'exiger que le tuteur intervienne pour que le pupille ne soit pas tenté, après l'exécution, de se prévaloir de la nullité de la vente.

Lorsqu'un contrat a été déterminé par le dol d'une des parties, il est au contraire valable des deux côtés, ce qui le prouve, c'est que l'auteur des manœuvres peut agir ⁽¹⁾, mais le dol étant un acte illicite, le législateur donne à la personne trompée le droit de réclamer des dommages et intérêts. Ces dommages et intérêts représenteront le préjudice causé ⁽²⁾; dans certains cas, cependant, la résolution du contrat pourra se produire, mais ce résultat dépendra de l'auteur du dol lui-même.

80. Deux situations peuvent en effet se présenter. Le contrat entaché de dol n'a pas été exécuté, ou bien encore les parties ont effectué les prestations promises. Dans la première hypothèse, si la personne trompée réclame l'exécution du contrat, elle reconnaît par là même que le préjudice provenant du dol, a une importance assez faible, pour que la convention lui soit avantageuse; nous croyons donc que si lorsqu'elle agit elle n'est plus sous l'empire de l'erreur, elle ne pourra pas demander,

(1) Fr. 13, p. 27, *De actionibus empti*, 19, 1.

(2) Fr. 13, p. 5, *De actionibus empti*.

avec l'exécution, des dommages et intérêts. Si c'est l'auteur du dol qui poursuit l'exécution de la convention, différents événements peuvent se produire. Les parties sont devant le prêteur; le magistrat, nous l'avons vu, en étudiant l'exception comme moyen de répression du dol dans les contrats de droit strict, peut, si les manœuvres ont vicié l'obligation en entier, refuser l'action demandée. A-t-il le même droit dans les contrats de bonne foi? Les textes sont muets sur cette question. L'affirmative, il faut le reconnaître, est ici plus douteuse que dans les contrats de droit strict; dans ces derniers contrats, la question qui se pose devant le magistrat est unique, il se demande : Primus a-t-il stipulé de Secundus la somme de 100? Si, bien que la stipulation ait eu lieu, Primus n'a pas versé les écus, on comprend que le prêteur considère qu'il est inutile de renvoyer les parties devant un juge, car la demande du stipulant étant viciée en entier, il est certain qu'il n'obtiendrait rien. Dans les contrats de bonne foi, au contraire, les questions qui se posent sont complexes, elles ont entre elles une intime connexité, la sentence rendue doit tenir compte de ces créances opposées et ne porter que sur l'excédant. En fait, il est donc très-vraisemblable que le prêteur devait rarement user du droit de refuser l'action qui aurait exigé de sa part un examen approfondi de chaque affaire, dans certaines hypothèses cependant, il devrait recourir à ce procédé. L'effet produit était alors fort analogue à la résolution du contrat, mais la personne trompée n'était pas cependant dans une situation aussi avantageuse que si la rescision de la convention avait été prononcée. Elle avait toujours à craindre de nouvelles poursuites de son adversaire, car il n'y avait ni *res judicata*, ni *res in judicium*

deducta, et elle ne pouvait repousser la demande de l'auteur des manœuvres qu'en invoquant une seconde fois le dol dont elle avait été victime.

Le préteur délivrant la formule d'action qui lui était réclamée, renvoyait le plus souvent l'affaire devant un juge. Les mots *ex fide bona* investissaient ce dernier, sans qu'il ait été nécessaire d'insérer une exception dans la formule du droit de prendre connaissance à la requête du défendeur, de toutes les créances qu'il pouvait avoir *ex eadem causa*, à opposer au demandeur. Parmi ces demandes conventionnelles était comprise la créance en dommages et intérêts que le dol avait fait naître.

Le juge puisait ces pouvoirs dans un principe d'équité, aussi toutes les fois qu'il ne lui paraissait pas équitable de faire entrer en ligne de compte la prétention du défendeur, difficile à liquider par exemple, il le renvoyait se pourvoir par voie d'action principale (1). Lorsque le juge croyait bon de compenser les deux créances, il condamnait le défendeur à la différence entre les deux sommes si sa créance était la plus faible (2); il l'absolvait si sa créance était égale ou supérieure à celle du demandeur, car sous le système formulaire la sentence du juge ne put jamais aboutir à la condamnation de celui qui agissait. Ces effets sont faciles à comprendre quand les deux demandes ont pour objet de l'argent, quand par exemple un acheteur à qui la chose a été livrée, oppose au vendeur qui réclame le prix la créance en réparation qui dérive du dol. Dans le cas même où l'auteur des manœuvres réclame un corps certain, par exemple si c'est un acheteur qui poursuit

(1) Fr. 1, p. 4, *De contraria tutelæ et utili actione*, 27, 4.

(2) Fr. 61, c. IV, Gaius.

le paiement de l'objet de la vente, le juge pourra encore compenser les deux créances, car il est un principe de la procédure formulaire d'après lequel toutes les condamnations sont pécuniaires ⁽¹⁾.

Il semble résulter de l'examen que nous venons de faire que jamais l'exécution d'un contrat vicié par un dol, ne pourra être obtenue par celui qui s'en est rendu coupable, car le juge transformant en argent la créance de la chose la compense avec celle qui est née des manœuvres frauduleuses. Cette conséquence ne serait cependant pas exacte, car si ces principes étaient appliqués avec une telle rigueur, on serait obligé d'en conclure que jamais l'exécution d'un contrat ne pourrait être obtenue. Supposons une vente faite entre deux personnes Primus et Secundus; quand Primus agirait pour obtenir la chose, Secundus lui opposerait en compensation la demande du prix et le juge serait obligé d'absoudre le défendeur.

Dans cette hypothèse Primus, qui tient à avoir la chose même qui lui est due, paiera au défendeur ce dont celui-ci est créancier, et le juge n'ayant plus à tenir compte d'une demande reconventionnelle désormais sans objet, obligera Secundus par la crainte des peines de la *contumacia* à transférer à Primus la propriété de la chose vendue. Nous croyons de même que si l'acheteur s'est rendu coupable de dol, il pourra néanmoins demander la chose et qu'il l'obtiendra en donnant satisfaction au défendeur sur la créance qu'il allègue. Par le paiement de cette indemnité, il ôte au juge le pouvoir d'apprécier le dol, car celui-ci doit tenir compte de la maxime : *omnia judicia sunt absolutoria*.

(1) Fr. 48, c. IV, Gaius.

Nous trouvons dans les textes des applications de la règle d'après laquelle un demandeur peut échapper à l'exception de dol en faisant un paiement. Le p. 33, *De divis. rerum*, aux Institutes de Justinien, nous dit en effet, que lorsqu'une personne a écrit sur du parchemin qui ne lui appartenait pas, le propriétaire de ces feuilles pourra les revendiquer, mais que pour les obtenir il devra payer les frais d'écriture : *Sed si a Titio petas tuos libros tuas ve membranas, nec impensas scripturæ solvere paratus sis, poterit se Titius defendere per exceptionem doli mali.*

En résumé, toutes les fois qu'un contrat vicié par le dol d'une des parties n'a pas été exécuté, l'auteur des manœuvres peut donc en demander l'exécution, il l'obtiendra s'il indemnise la personne lésée du préjudice que le dol lui a causé. Il optera, au contraire, pour la résolution s'il agit sans réparer les conséquences du dol, et dans cette dernière hypothèse la victime pourra, en outre, réclamer par l'action du contrat des dommages et intérêts si, malgré la rescision de la convention, elle éprouve encore quelque préjudice.

81. Si le contrat surpris par dol a été exécuté, la personne qui a été trompée, n'aura d'autre ressource que de réclamer par l'action de bonne foi, qui est née de la convention, des dommages et intérêts. Supposons que ce soit le vendeur dont le consentement a été vicié ; la tradition de la chose vendue malgré l'imperfection de sa cause juridique, n'en est pas moins translatrice de propriété, le vendeur ne pourra donc pas la revendiquer.

Par l'action *venditi*, il réclamera *quidquid paret Nm Nm A° A° dare facere oportere*, c'est-à-dire un *incertum*.

La condamnation, comme toutes les condamnations sous le système formulaire, ne pourra avoir pour objet que de l'argent.

La condamnation sera pécuniaire, mais cela ne suffit pas pour prouver que l'objet de la créance du vendeur trompé est une somme d'argent. Cet argument reviendrait en effet à soutenir que jamais en droit romain les créances n'ont pu avoir pour objet une chose, ce qui serait certainement faux. L'objet de l'obligation de l'acheteur sera une indemnité : si, en effet, le dol est réprimé dans les contrats de bonne foi, c'est que la *cautio de dolo* y est sous-entendue ; l'objet de l'obligation résultant d'une promesse tacite ne peut être autre que celui de l'obligation qui résulterait d'une promesse expresse.

Cependant l'acheteur aura le moyen de prévenir le jugement de condamnation, il offrira, s'il le juge à propos au vendeur de lui retransférer la propriété de la chose à la condition que celui-ci lui rende le prix payé. Ce droit nous est signalé dans le p. 114, c. IV de Gaius et dans le p. 2, L. IV, tit. 12 des Institutes de Justinien. L'empereur nous dit en effet : *Superest ut admo-
neamus, quod, si ante rem judicatam is cum quo actum
est satisfaciat actori, officio judicis convenit eum absol-
vere, licet judicii accipiendi tempore in ea causa fuisset
ut damnari debeat : et hoc est quod ante vulgo dice-
batur, omnia judicia absolutoria esse.*

Cette faculté donnée à l'acheteur d'éviter la condamnation lui appartiendra-t-elle dans toutes circonstances ? Non sans doute ; la résolution du contrat qu'il offre à la personne trompée, doit l'indemniser et dans certaines hypothèses, par exemple, si l'objet de la vente a péri, il

ne pourrait offrir la rescision de l'acte juridique ⁽¹⁾. Nous n'avons pas ici la prétention de déterminer à l'avance les hypothèses où l'acheteur aura ce droit, il nous suffit d'avoir démontré que l'option est possible et que cette option appartient à l'auteur des manœuvres.

82. Revenant en arrière nous dirons donc, que la distinction du dol en principal et incident que l'on ne trouve nulle part dans les textes, ne doit pas être reconnue dans la législation romaine. Ce n'est pas dans l'influence que les manœuvres ont exercée sur la volonté que l'on doit rechercher la cause des effets différents que le dol est susceptible de produire. Dans tous les cas le dol donnera naissance au profit de la victime à une créance d'indemnité et cette créance aura pour base le préjudice causé. Mais dans certaines hypothèses l'auteur de l'acte illicite pourra échapper à la condamnation en renonçant à se prévaloir du contrat. Avant l'exécution cette rescision de l'acte juridique, sera la conséquence des principes admis en matière de compensation, après l'exécution ce sera une application de la règle *omnia judicia sunt absolutoria*. Cette explication, nous l'avons prouvé, est conforme aux écrits des jurisconsultes, qui donnent bien le choix à l'auteur du dol et non, comme on l'admet généralement, à celui qui en souffre. Il ne nous reste plus maintenant qu'à réfuter une objection de texte qui pourrait être opposée à notre théorie. Le texte dont nous voulons parler est le Fr. 11, p. 5, *De act. empti*, 19, 1. *Si quis virginem se emere putasset cum mulier venisset, et sciens errare eum venditor passus sit, redhibitionem quidem ex hac causa non esse, verumtamen ex empto competere*

(1) Fr. 12, p. 1, *De jure dotium*, 23, 3.

actionem ad resolvendam emptionem ut pretio restituto mulier reddatur. Une personne croit acheter une vierge, le vendeur sait fort bien que l'esclave est une femme, et s'apercevant de l'erreur de celui avec qui il contracte, il se tait. Ulpien se demande si l'acheteur trompé peut demander la résolution du contrat, en prétendant que l'absence de la qualité prévue constitue un vice rédhibitoire. Le texte résout négativement la question, la femme n'est ni *vitiosa* ni *morbosa*, mais il ajoute que l'acheteur peut exercer l'action *ex empto* pour obtenir la résolution du contrat.

Dans cette hypothèse dira-t-on, ce n'est pas l'auteur du dol qui opte pour la résolution mais la victime. Examinons avec soin l'espèce; la vente a été exécutée de part et d'autre, le texte renferme, en effet, ces mots : *ut pretio restituto mulier reddatur*. L'acheteur intente l'action *ex empto*; que demande-t-il? La réparation du préjudice causé. Ce préjudice sera égal au prix, si l'esclave n'est pour l'acheteur d'aucune utilité, dans certains cas il serait supérieur ⁽¹⁾. Le juge invitera alors le demandeur, qui commettrait un dol en s'y refusant, à retransférer au vendeur qui n'a garde de s'y opposer, la propriété de l'esclave; puis il condamnera le vendeur à payer à l'acheteur une somme égale au prix. Y a-t-il résolution du contrat? Dans l'hypothèse que nous étudions, l'effet est le même que si la rescision avait été prononcée, nous ne croyons pas cependant que l'expression de rescision soit exacte. Le juge condamne l'acheteur à payer une somme d'argent, mais cette somme d'argent n'est pas le prix. Dans l'hypothèse du texte cela

(1) Const. 1, *De ædilit. act.*, 4, 58.

importe peu, mais il est cependant utile de le constater. Le juge a le droit de condamner le défendeur à une indemnité pécuniaire et cette somme sera égale au prix si le prix représente le préjudice causé, mais nous ne croyons pas que le juge aurait le droit d'ordonner à un acheteur, coupable de dol, de retransférer au vendeur la propriété de la chose, que dans un contrat synallagmatique dont les objets seraient des corps certains, il pourrait prononcer la rescision de l'acte juridique. Le texte ne nous paraît donc pas en contradiction avec la théorie que nous avons proposée.

Est-ce à dire que jamais la personne trompée ne pourra obtenir la rescision du contrat dont elle se plaint? Non, sans doute, mais alors elle ne devra pas demander au prêteur la délivrance d'une action destinée à l'indemniser, elle devra solliciter de son équité une *in integrum restitutio*. C'est ainsi qu'il faut expliquer les constitutions 1 et 5, *De rescind. vend.* (1).

Cette manière d'interpréter ces textes est confirmée par les expressions qu'ils emploient, qui semblent indiquer qu'il est ici question d'un *extraordinarium auxilium*. Ils sont en effet ainsi conçus : *Præses provinciæ auctoritatem suam interponet... rescindi venditionem jubebit.*

(1) Code, liv. XLIV, tit. iv.

DROIT FRANÇAIS.

PRÉFACE.

Toute matière juridique à côté d'éléments dépendant dans une certaine mesure de l'arbitraire du législateur, présente certains principes invariables, car le droit a pour base la raison et l'équité. L'étude d'un même sujet dans deux législations différentes, amène donc nécessairement le développement d'idées communes. Cette observation exacte, quelle que soit la question que l'on examine, présente un caractère de vérité plus frappant encore dans la matière des obligations, envisagée en droit français et en droit romain.

Bien que le droit soit susceptible de perfectionnements, les jurisconsultes romains ont établi sur les contrats un corps de doctrine, qui a justement fait dire à Bigot-Préameneu, dans son Exposé des motifs, « *qu'il serait difficile d'espérer que l'on pût faire des progrès dans cette partie de la science législative.* » De plus, tandis

que les rédacteurs du Code civil ont puisé en général les règles qu'ils formulent, dans deux sources distinctes, notre droit national et le droit romain ce n'est guère que dans le droit romain qu'ils ont trouvé une théorie des obligations. Les coutumes de Paris et d'Orléans ne contenaient aucun article sur la matière, et cela est d'autant plus remarquable que les anciens auteurs coutumiers avaient écrit sur les contrats. Le motif de ce silence c'est que cette partie du droit était considérée comme toute de raison et qu'elle était régie par le droit romain, la raison écrite.

En induisant des lois romaines, les principes à appliquer aux contrats, les rédacteurs du Code n'ont pas eu l'intention d'enlever aux écrits des jurisconsultes, la force que la tradition leur avait attribuée; Bigot Préameneu le constate dans son Exposé des motifs : « *Elles seraient bien mal-entendues, les dispositions du Code civil relatives aux contrats, si on les envisageait autrement que comme des règles élémentaires d'équité, dont toutes les ramifications se trouvent dans les lois romaines. C'est là que sont les développements de la science du juste et de l'injuste, c'est là que doivent s'instruire tous ceux qui voudront y faire quelques progrès, et, en général, tous ceux qui seront chargés de la défense ou de l'exécution des lois consignées dans le Code français.* »

Ce lien intime qui existe entre le droit français et le droit romain nous permettra d'être bref dans certaines parties de notre étude sur le dol dans la législation actuelle. Les idées philosophiques que nous avons exposées sur la nature du dol, sur l'influence qu'il exerce sur la volonté n'ont pas varié.

Nous suivrons dans ce travail, le même ordre qu'en droit romain; nous nous occuperons d'abord du dol en

lui-même, et nous rechercherons quel est le sens dont ce mot est susceptible dans notre droit. Nous étudierons ensuite l'influence qu'il exerce sur la volonté, ses effets dans les contrats, et les divers moyens de réparation que le législateur a mis à la disposition de la victime des manœuvres. Mais, tandis qu'en droit romain, nous avons pris comme base de ses développements, la division des contrats en contrats de droit strict et de bonne foi, et que nous avons exposé parallèlement ces questions à propos de chacune de ces catégories de conventions, nous n'aurons en droit français qu'à faire une étude unique. On dit fréquemment qu'aujourd'hui tous les contrats sont de bonne foi, cela est exact en un certain sens. « *Les conventions doivent être exécutées de bonne foi* » (1134 C. Civ.). Elles obligent « *à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* » (1135 C. Civ.). Mais nous aurons à nous demander si les contrats sont de bonne foi au sens romain du mot, si les juges jouissent actuellement des pouvoirs étendus que le prêteur avait autrefois pour réprimer le dol et faire entrer l'équité dans le droit positif.

PREMIÈRE PARTIE.

DE LA NOTION DE DOL EN DROIT FRANÇAIS.

SECTION PREMIÈRE.

Des hypothèses où le dol peut se produire.

SOMMAIRE.

1. Définition du dol.
2. Du dol dans la formation des contrats.
3. Escroquerie.
4. Le dol peut intervenir lors de l'exécution d'une convention.
5. Les jurisconsultes romains avaient reconnu l'existence de ce dol ; à Rome il se confondait souvent avec l'absence de cause.
6. Du *dolus re ipsa* en droit romain et en droit français. Il ne se distingue pas de la lésion.
7. Le mot dol est quelquefois pris comme synonyme de mauvaise foi.
8. De la fraude.
9. L'idée de dol ne joue pas dans notre droit un rôle aussi important qu'en droit romain.

1. Nous ayons examiné en droit romain les différentes définitions que les jurisconsultes ont données du dol, et nous avons vu comment Labéon, après avoir critiqué les formules données par ses devanciers, avait lui-même défini le dol : *Omnis calliditas, fallacia, machinatio, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita*, c'est-à-dire toute ruse, toute fourberie, toute ma-

nœuvre employée pour circonvenir, pour égarer, pour frustrer une tierce personne⁽¹⁾. Les jurisconsultes français se sont inspirés de cette définition, mais en la traduisant, ils l'ont sensiblement modifiée. Suivant Domat : « On appelle dol toute surprise ; fraude , finesse , feintise et toute autre mauvaise voye pour tromper quelqu'un⁽²⁾. » Et d'après Pothier : « L'on appelle dol toute espèce d'artifice dont quelqu'un se sert pour en tromper un autre⁽³⁾. »

Parmi les auteurs modernes les uns se bornent à reproduire la définition de Pothier, d'autres donnent des formules analogues, mais tous insistent sur ce que les manœuvres doivent avoir eu pour résultat de faire naître l'erreur dans l'esprit d'une personne, pour l'amener à accomplir un acte volontaire. Il y a dol en résumé toutes les fois qu'on fait une chose et qu'on en simule une autre, *cum est aliud simulatum, aliud actum*, suivant les expressions d'Aquilius Gallus.

2. Ces définitions sont satisfaisantes dans les hypothèses les plus nombreuses ; c'est, en effet, dans l'étude des contrats, à propos du consentement que les rédacteurs du Code ont posé les principes qui régissent la matière. « Il n'y a point de consentement valable si le consentement a été surpris par dol » (art. 1109 C. Civ.).

Le dol agit donc sur la volonté et il agit en inspirant l'erreur. Quel est le but auquel tendent les manœuvres ? elles ont pour objet d'amener la personne trompée à accomplir un acte juridique. Pour le démontrer, il suffit

(1) Traduction de M. Accarias, *Cours de pandectes*, en 1880-81.

(2) *Loix civiles*, I. I, tit. 18, s. 3.

(3) *Traité des obligations*, n° 28.

d'examiner la sanction posée par le législateur. Il donne une action en nullité contre les actes entachés de dol (783, 887, 1116, 1304 C. Civ.).

3. Le dol qui constitue un vice du consentement, dégénère quelquefois en véritable délit, puni non-seulement par la rescision de la convention ou par une créance en dommages et intérêts, qu'il fait naître au profit de la victime, mais encore par l'application de peines corporelles. Le préjudice causé par l'usage de faux noms, de fausses qualités, par l'emploi de manœuvres frauduleuses pour persuader l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ou pour faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique, constitue une escroquerie (405 C. pénal).

4. Le dol consistera donc fréquemment dans des artifices destinés à tromper, mais cette définition est trop étroite; elle prête aux critiques que Labéon avait adressées en droit romain à la définition d'Aquilius Gallus : il peut y avoir dol sans simulation. Le plus souvent le dol précède le contrat qu'il a pour but de faire naître, mais bien souvent aussi un contrat consenti librement, est vicié dans son exécution.

Une partie peut abuser de la confiance qui lui a été témoignée, c'est ce qui arrivera fréquemment, quand deux personnes ont eu recours à une simulation, destinée à tromper les tiers ou à faire échec à la loi. M. Bédaride (1) nous fournit de nombreux exemples de dol postérieur au contrat.

Un débiteur pour enlever à ses créanciers une partie

(1) *Traité du dol et de la fraude*, n° 401.

de la fortune qui leur sert de gage, aliène en apparence ses biens immeubles, il dépose ses meubles en mains tiercés, il concède quittance à ses propres débiteurs, sans avoir touché le montant de ses créances. Si ce débiteur malhonnête n'a pas exigé de ses complices des contre-lettres, ceux-ci peuvent être tentés de profiter de la fraude : ils soutiendront que les aliénations sont réelles, que les quittances qui leur ont été fournies, ont pour cause un paiement. Il y a ici un véritable dol, et cependant ce dol ne consiste pas dans une tromperie qui a engendré une erreur; le contrat qui s'est formé est pleinement valable.

On peut encore supposer qu'un dol se produit après une simulation licite. Avant de contracter mariage deux personnes font rédiger par un notaire leurs conventions matrimoniales. Le futur mari reconnaît avoir reçu une dot qui ne lui a pas été comptée, soit qu'il ait voulu avantager sa femme, soit que la dot lui ait été seulement promise et que confiant dans la parole donnée, il n'ait pas pris de précautions. Le mariage ne s'étant pas accompli par suite du refus ou la mort de l'un des fiancés, la dot est réclamée au futur ou à ses héritiers. Cette prétention si elle est formulée en connaissance de cause constitue un véritable dol, et cependant quand le notaire a rédigé le contrat de mariage, la femme n'a pas usé de manœuvres pour tromper son futur mari. Ce dol ne consistera pas ici en tromperies, il ne viciera pas le contrat de mariage qui a été loyalement souscrit, il résultera de la demande inique par laquelle on réclame une dot qui n'a pas été versée.

5. Le dol postérieur au contrat avait déjà été signalé par les jurisconsultes romains : Ulpien dans le Fr. 36

De verborum obligationibus nous en fournit la preuve. Nous étudierons ce texte important avec quelques détails, car il a servi de base à la théorie d'après laquelle les Romains auraient admis un dol réel ⁽¹⁾. *Si quis cum aliter eum convenisset obligari, aliter per machinationem obligatus est, erit quidem subtilitati juris obstrictus, sed doli exceptione uti potest; quia enim per dolum obligatus est, competit ei exceptio. Idem est et si nullus dolus intercessit stipulantis, sed ipsa res in se dolum habet, cum enim quis petat ex ea stipulatione, hoc ipse dolo facit quod petit.* Supposons qu'un legs de 200 aurei m'ait été fait; il a été révoqué par le testateur pour moitié dans un codicille. Si le legs est à terme, j'aurai le droit d'exiger la *cautio legatorum*. Si j'ai caché le codicille, l'héritier et le fidéjusseur qui a garanti sa promesse, pourront repousser ma demande par une exception de dol, car la stipulation est viciée par les manœuvres dont je me suis servi. De même, si j'ignorais le codicille au moment où j'ai stipulé, et si je réclame l'exécution de la promesse, qui m'a été faite, après avoir appris le retranchement apporté au legs, je commettrai un dol, mais le dol n'aura pas vicié la stipulation, il résultera de la demande que je formulerai de mauvaise foi. Si le texte permet au promettant de combattre avec succès les prétentions du stipulant, à l'aide d'une exception de dol, c'est que l'obligation qu'il a contractée n'a pas de cause, ou plutôt a une fausse cause. Le Fr. 2, p. 3, *De doli mali et metus exceptione*, 44, 4, confirme l'explication que nous avons donnée du texte cité : *Si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea sti-*

(1) Liv, XLV, tit. 4.

pulatione experiatur exceptio utique doli mali ei nocebit licet enim eo tempore quo stipulabatur, nihil dolo malo admiserit.

L'obligation sans cause était donc paralysée en droit romain au moyen d'une exception de dol. Notre droit a fait de la cause un des éléments essentiels pour la validité des conventions. Dans les exemples que nous avons cités, si un débiteur délivre des quittances sans en avoir touché le montant, si un futur mari déclare, dans un contrat de mariage, qu'il a reçu une dot qui ne lui a pas été versée, l'obligation ne se sera pas éteinte dans un cas, elle ne se sera pas formée dans l'autre, car la prestation reconnue n'a pas été effectuée, parce que le paiement ou l'obligation contractée a une cause simulée, c'est-à-dire une fausse cause. Il ne faudra donc pas, dans notre droit, invoquer dans ces hypothèses comme autrefois en droit romain l'idée de dol, il suffira de faire valoir les règles de notre législation sur les conditions essentielles à la validité des conventions, pour amener l'échec de prétentions contraires à l'équité.

Dans la pratique, la preuve de ce dol postérieur au contrat présentera de grandes difficultés. La convention a été librement souscrite, c'est en vain qu'on alléguerait qu'elle a une fausse cause. Comme le fait remarquer M. Demolombe ⁽¹⁾, l'affirmation de celui qui se plaint « *contredit son propre consentement et l'aveu qu'il a fait lui-même de la vérité de la cause.* » Mais ne pourrait-on pas dire qu'il y a un dol dans le fait de se prévaloir d'un acte qui n'existe qu'en apparence? Il est vrai, mais la victime de la mauvaise foi est en faute de ne pas

(1) *Traité des contrats*, t. I, n° 371.

s'être procuré une preuve écrite de son allégation, et elle ne sera pas admise à en établir la vérité par la preuve testimoniale. Sans doute, l'application de l'article 1341 pourra consacrer une injustice, mais ce malheur est inévitable, il est une conséquence forcée d'une règle dont l'utilité n'est plus à établir.

6. Dans ces hypothèses, il y a un véritable dol provenant du fait de celui qui veut se prévaloir d'un acte simulé, qui, dans l'intention des parties, ne devait pas être exécuté, et ce dol, malgré de grandes difficultés de preuve, tombe en principe sous le coup de la loi.

Ce dol est personnel, mais le législateur français a-t-il reconnu un dol réel, qui résulte des choses elles-mêmes, et qui s'accomplit sans qu'on puisse reprocher à personne un manque de bonne foi? Cette idée a-t-elle été admise par les jurisconsultes romains? Nous ne le croyons pas. « *Ce qui caractérise le dol, comme l'a dit Toulhier (1), c'est l'intention de tromper. Il n'y a point de dol proprement dit lorsqu'une partie a été trompée, sans que l'erreur puisse être attribuée à personne, comme dans le cas où le vendeur ignorait les vices de la chose vendue ou dans le cas de lésion énorme.* » L'évidence de ce raisonnement n'avait pas échappé aux jurisconsultes romains, ce qui le prouve, c'est le témoignage d'Ulpien, qui fait à la question que nous avons posée la réponse la plus formelle. Il est nécessaire d'indiquer dans l'exception de dol la personne qui est coupable de ce délit. *Et quidem illud annotandum est quod specialiter exprimendum est de cujus dolo quis quærat, non in rem : si in ea re dolo malo factum est, sed sic : si in ea re*

(1) *Droit civil français*, t. VI, n° 89.

nihil dolo malo actoris factum est. Docere igitur debet is qui objicit exceptionem, dolo malo actoris factum, nec sufficiet ei ostendere in re esse dolum ⁽¹⁾. D'ailleurs, n'eût-il pas été contradictoire de décider que le dol personnel n'est pas opposable aux tiers, et qu'un dol réel, c'est-à-dire le seul préjudice, peut servir de motif à la rescision d'un contrat?

On a invoqué, dans l'opinion contraire, les mots d'Ulpien que nous avons déjà cités : *Cum enim quis petat ex ea stipulatione, hoc ipse dolo facit quod petit*. Ils signifient seulement que celui qui demande l'exécution d'une obligation, qui n'a pas de cause, sera repoussé par une exception de dol.

La théorie du *dolus re ipsa* a été imaginée par les commentateurs pour expliquer que dans certaines hypothèses exceptionnelles, la lésion était une cause de rescision des contrats. Celui qui aliène un immeuble pour un prix inférieur à la moitié de sa valeur, contracte le plus souvent sous la pression de circonstances impérieuses qui ne laissent pas à sa volonté toute la liberté désirable; l'acheteur qui abuse de la passion ou des besoins de son contractant commet un dol. La théorie du *dolus re ipsa* se confond donc avec celle de la lésion et on n'a jamais pu se prévaloir de ce dol que dans les hypothèses mêmes où la lésion permettait de demander la nullité d'une convention. Ce n'est pas autrement que les rédacteurs du Code ont admis l'existence du *dolus re ipsa*. La question se posa au moment où l'on discuta devant le Conseil d'État le titre de la rescision de la vente pour lésion. Berlier proposait de n'admettre la rescision qu'en

(1) Fr. 2, p. 1, *De doli mali et metus exceptione*, 44, 4.

cas de dol personnel de fraude ou de violence. A l'appui de son opinion, il invoquait une dissertation de *Christian Thomasius*, dans laquelle ce jurisconsulte contestait l'authenticité de la loi 2 au Code *De rescindenda venditione*, où il montrait les dangers qu'elle présentait pour la sécurité du commerce dans laquelle enfin il s'efforçait de prouver que tous les motifs d'humanité que l'on faisait valoir pour l'expliquer, n'étaient que de l'équité cérébrine. Portalis combattit cette proposition : « *Thomasius*, dit-il, *ne peut se rendre raison de ce que c'est que le dol RE IPSA. Il faut le lui expliquer. Le dol personnel ne se découvre point par l'inspection de la chose; il résulte de circonstances qu'on ne connaît que par la déposition des témoins. Le dol, réel au contraire, résulte de l'inspection de la chose qui en donne la preuve, sans que l'intervention des témoins soit nécessaire* ⁽¹⁾. » L'inspection de la chose pourra bien montrer qu'une personne a été lésée, mais du seul examen des conditions d'un contrat il n'est pas possible de conclure à l'existence de manœuvres. Le dol réel consiste donc à demander l'exécution d'un contrat dans les hypothèses exceptionnelles où la lésion est une cause de nullité des conventions (1118 C. C.), et il est donc en dehors de notre étude.

3. Nous avons dit que la définition que l'on donne généralement du dol est trop étroite, que le dol n'implique pas nécessairement l'emploi d'artifices destinés à tromper. De même qu'en droit romain, le mot dol est souvent pris dans le sens de mauvaise foi. Les articles 1150, 1151 qui fixent le montant des dommages et in-

(1) Loqué, t. XIV, p. 64 et suiv.

térêts qui peuvent incomber au débiteur par suite de l'inexécution d'une obligation valablement contractée, distinguent avec soin si l'inexécution provient d'un fait ou d'une négligence qui lui est imputable, ou bien encore de son dol. Dans cette deuxième hypothèse, il devra même les dommages et intérêts que l'on n'a pu prévoir lors de la formation du contrat.

8. Les auteurs rapprochent fréquemment du dol la fraude, et l'article 1353, qui distingue ces expressions, semble indiquer qu'elles répondent à des idées différentes. M. Garsonnet pense que ce qui sépare la fraude de la mauvaise foi, c'est que la fraude implique un concert, une collusion. M. Boissonnade (1) a contesté fort justement ce point de vue. Il fait remarquer que dans la terminologie généralement adoptée pour l'action Paulienne, on exige chez le débiteur, pour que cette action puisse être intentée, le *consilium fraudis*. Si l'acte est à titre gratuit, cette fraude du débiteur qu'il appelle fraude simple, sera suffisante; si l'acte est à titre onéreux, il faudra en outre prouver la complicité du tiers, c'est-à-dire la fraude double. M. Mourlon, dans son *Traité de la transcription*, emploie dans des hypothèses analogues les expressions de dol concerté et de dol simple. Il semble donc que les mots *dol* et *fraude* doivent être considérés comme synonymes; c'est ce qu'admet M. Demolombe (2), qui fait cependant remarquer « que le mot *dol* sert plus particulièrement à désigner les manœuvres pratiquées par l'une des parties contractantes envers l'autre; tandis que le mot *fraude* désigne plus parti-

(1) *Revue pratique*, t. XXXI, De la transcription.

(2) *Traité des contrats*, t. I, n° 169.

culièrement les manœuvres ou les actes de mauvaise foi commis au préjudice d'une personne, hors sa présence et sans son concours. » A l'appui de cette manière de voir, on peut faire valoir les articles 1167 et 1464 du Code civil.

9. Nous avons vu en droit romain que le dol impliquait toujours une opposition entre un droit primitif et un droit nouveau plus équitable et qu'envisagé à un point de vue très-général, le dol consistait à abuser de la législation. C'est en invoquant la bonne foi et l'équité, que la jurisprudence romaine permit au débiteur d'opposer en compensation une créance quelconque, dans les contrats de droit strict comme dans les contrats de bonne foi. C'est en s'appuyant sur les mêmes principes que les jurisconsultes créèrent la théorie de la cause dans les contrats de droit strict, qu'ils firent admettre par le droit positif les contrats innommés. Tandis que le droit civil s'était contenté d'exiger dans les stipulations qu'un accord de volontés se joignît aux conditions de formes, le prêteur exigea en outre que la volonté des contractants fût éclairée et libre; tandis que les obligations ne comprenaient que ce qui avait été expressément stipulé, le prêteur fit passer dans la pratique cette règle, qu'elles devaient être exécutées de bonne foi.

L'idée de dol ne joue pas dans notre droit un aussi grand rôle que dans la législation romaine. Les juges n'ont plus aujourd'hui à corriger la loi écrite par des tempéraments d'équité, ils ont seulement à l'appliquer. Cependant la jurisprudence, s'appuyant sur la pratique suivie dans notre ancienne France, et invoquant l'article 1382, s'est efforcé maintes fois de faire entrer l'équité dans notre droit, mais elle a toujours eu la sagesse de ne

pas mettre en opposition cette obligation de réparer un dommage causé par un acte illicite, avec les règles d'ordre public, telles que celles qui statuent sur les modes de preuve ou sur les effets de la lésion.

SECTION II.

Conditions auxquelles le dol est frappé par la loi.

SOMMAIRE.

10. Caractères que le dol doit présenter. Dol toléré.
11. Du dol négatif.
12. Quand le dol négatif est-il punissable ?
13. Le dol doit avoir causé un préjudice.
14. Il doit émaner de celui à qui on l'oppose. Dérogations.
15. Dans certains cas il est opposable aux tiers. Acceptations et renonciations de succession et de communauté.
16. Quelquefois aux ayant-cause à titre particulier de son auteur.
17. Dol du mandataire, du tuteur, du curateur, du mari.
18. Un mineur, un interdit sont responsables de leur dol.
19. La règle *si duo dolo malo fecerint invicem de dolo non agent* existe-t-elle en droit français ?

10. Nous avons à rechercher à quelles conditions le dol est puni dans notre droit, sans nous préoccuper des moyens de répression qui sont fournis par la loi à la victime de cet acte illicite.

Le dol implique chez celui qui s'en rend coupable, une intention malveillante. Si cette intention ne se rencontre pas, il y aura quelquefois une faute, un fait, une négli-

gence qui permettra de réclamer des dommages et intérêts, mais il n'y aura pas dol.

Le mot *dolus* dans la langue latine, du moins dans les premiers temps, signifiait habileté, aussi les jurisconsultes avaient-ils le soin d'y joindre une épithète, qui lui donnait une acception favorable ou défavorable. En droit français le dol est devenu l'équivalent du *dolus malus*; il se prend toujours en mauvaise part.

Au point de vue moral, toutes les ruses, toutes les manœuvres qu'une personne emploie pour contracter à des conditions avantageuses, constituent des actes blâmables, et il semble que le droit positif devrait les frapper sans distinction. Cependant le législateur moins sévère que la philosophie, laisse impunis les artifices qui ne présentent pas une gravité suffisante. Il y a en effet dans les contrats, et notamment dans les ventes, des exagérations de qualités, des atténuations de défauts qui, par suite de leur fréquence et du faible préjudice qu'elles entraînent, ne présentent pas de grands dangers. Le droit positif a obéi encore à une autre idée, il a voulu éviter les plaintes de débiteurs peu délicats qui auraient trop facilement cru à un dol toutes les fois que le contrat qu'ils auraient fait, ne leur fournirait pas le bénéfice qu'ils en espéraient : il a voulu garantir la sécurité des transactions et la liberté du commerce. Ce sont là les motifs que Pothier a donnés pour expliquer l'existence d'un dol toléré : *Dans le for extérieur, une partie ne serait pas écoutée à se plaindre de ces légères atteintes que celui avec qui elle a contracté, a données à la bonne foi, autrement il y aurait un trop grand nombre de conventions qui seraient dans le cas d'être rescindées. Il n'y a que ce qui blesse ouvertement la bonne foi qui soit dans ce for*

regardé comme un vrai dol, tel que toutes les mauvaises manœuvres et tous les mauvais artifices qu'une partie aurait employés pour engager l'autre à contracter ⁽¹⁾.

Mais quels sont les caractères qui permettent de distinguer ces légères atteintes apportées à la bonne foi des mauvais artifices? Il est impossible de poser ici quelques règles précises. La question de savoir si un mensonge ou une manœuvre constitue un dol puni par la loi, est une question de fait, dont l'appréciation est laissée à la conscience des magistrats. On peut cependant remarquer que ceux-ci devront tenir compte dans leur décision de la nature des artifices dont se plaint la personne trompée. Les mensonges de l'auteur du dol ont-ils revêtu un caractère de précision qui en a augmenté la gravité? consistent-ils en promesses vagues? Ces mensonges ont-ils été appuyés de manœuvres qui les rendent vraisemblables? La partie trompée avait-elle la possibilité d'en constater aisément la fausseté? est-elle coupable de négligence? Quelle est l'importance du préjudice causé? Voilà des éléments qui joueront un grand rôle dans l'examen des tribunaux. Ils devront encore s'appuyer sur l'âge, le sexe, l'état moral de la personne qui se plaint, et considérer si elle n'était pas vis-à-vis de celui avec qui elle a contracté, dans un état de dépendance, qui lui a permis plus difficilement d'échapper à la fraude.

11. Nous avons vu en droit romain que le dol pouvait consister en une réticence, en est-il de même en droit français? La question ne se pose qu'autant que ce silence a eu pour effet d'amener une personne à s'obliger envers celui qui se tait; le dol indirect négatif n'est pas puni par

(1) Pothier, *Traité des obligations*, n° 30.

la loi. Si le droit ne frappe pas, en effet, celui qui ne vient pas au secours d'un individu dont la vie est menacée, à plus forte raison ne peut-il lui imposer l'obligation, d'avertir la personne qui va contracter, des défauts de l'objet qu'elle veut acquérir. Mais le silence d'une personne peut-il constituer à l'égard de son cocontractant un dol puni par la loi? La question ne nous paraît pas douteuse. L'affirmative était admise en droit romain, elle était également adoptée par Pothier ⁽¹⁾.

Le Code civil frappe le dol négatif en matière de vices rédhibitoires (1645), le Code de commerce dans les assurances maritimes (348).

Ces deux décisions particulières n'ont pas pour but de déroger à la règle, elles n'en sont que l'application. On pourrait, il est vrai, soutenir que les assurances maritimes sont exceptionnellement favorisées, et que le même motif qui a inspiré le législateur, quand il a présumé le dol en cas de réticence, l'a conduit à frapper le dol négatif. Mais comment pourrait-on expliquer que la loi punisse le dol négatif dans la matière des vices rédhibitoires?

La jurisprudence n'a pas hésité à adopter cette théorie et à donner au mot *manœuvres* employé par l'article 1116 ce sens large. Lorsque deux personnes contractent elles doivent être de bonne foi, et la bonne foi les oblige non-seulement à ne pas se tromper, mais à se déclarer mutuellement tout ce qu'elles ont intérêt à savoir touchant l'objet de leur obligation. Si donc une personne connaît l'erreur de celui avec qui elle veut contracter, toutes les démarches qu'elle fait dans ce but, comme l'a très

(1) *Traité de la vente*, nos 233 et suiv.

bien dit M. Savatier ⁽¹⁾, mériteront le nom de manœuvres.

12. Le principe en lui-même est certain mais ses applications sont fort délicates. Pothier, après avoir posé la règle que le dol négatif est illicite, nous dit en effet ⁽²⁾ : « Néanmoins on observe peu ces principes dans les tribunaux, et un acheteur n'y est pas facilement écouté à se plaindre, qu'on lui ait caché quelque vice de la chose vendue, lorsque le vice n'est pas un vice rédhibitoire.

» L'intérêt du commerce ne permettant pas d'admettre facilement les parties à revenir sur les marchés qui ont été conclus, elles doivent s'imputer de ne pas s'être mieux informées des défauts que la chose vendue peut avoir. »

Les motifs que donne Pothier sont les mêmes que ceux par lesquels il expliquait l'existence d'un dol positif toléré. Le dol négatif échappera fréquemment aux rigueurs de la loi de même que le dol positif, et ici encore les tribunaux auront un pouvoir d'appréciation large. Mais il faut remarquer en outre, que tandis que le dol positif est toujours malhonnête au point de vue moral, on peut soutenir que le dol négatif échappe fréquemment au blâme, notamment quand il consiste à taire des circonstances extrinsèques à la convention, que celui avec qui l'on contracte aurait intérêt à connaître. Il serait excessif à notre avis de demander à un vendeur qu'il fasse savoir à son acheteur les motifs de son opération. Le commerçant achète pour revendre, il agit d'après les renseignements, d'après les observations qu'il a recueillis,

(1) *Thèse de doctorat*, n° 116.

(2) *Traité de la vente*, n° 238.

il se base sur l'importance probable d'une récolte, sur les arrivages présumés de marchandises. L'obliger à parler, ce serait lui enlever toute chance de gain, ce serait supprimer le commerce. C'est ce que Pothier soutenait avec raison : « Il n'est pas plus défendu de vendre au prix courant une marchandise, sans avertir des circonstances qui doivent la faire diminuer, que de l'acheter au prix courant, sans avertir des circonstances qui doivent la faire augmenter ⁽¹⁾. »

Dans ces hypothèses, le silence de celui qui contracte ne nous paraît pas critiquable, mais en tous cas il est certain que la question ne se pose qu'au point de vue de la conscience.

Le dol négatif sera donc puni plus rarement que le dol positif, et seulement dans les circonstances exceptionnelles où il portera une atteinte grave à la bonne foi. C'est ainsi qu'il a été décidé que le silence gardé par un créancier connaissant le mauvais état des affaires d'une succession, lorsqu'en sa présence on annonçait que la succession offrait un actif important, constituait un dol par réticence, donnant lieu à une restitution, si cette déclaration avait déterminé une acceptation pure et simple ⁽²⁾.

13. La seconde condition pour que le dol fasse naître au profit de celui qui l'allègue une créance en réparation, c'est que cette personne ait éprouvé un préjudice. L'intérêt étant la base et la mesure de toute action, une poursuite par laquelle une personne voudrait seulement

(1) *Traité de la vente*, n° 241.

(2) Dalloz, *Rép., Oblig.*, n° 212. Arrêt Cassation, 5 décembre 1838 sur arrêt de la Cour de Rennes, 29 août 1837.

porter à la connaissance du public des manœuvres qui n'ont pas abouti, serait évidemment frustratoire.

Mais le mot préjudice doit être entendu dans un sens large, il comprend non-seulement le préjudice matériel mais encore le préjudice moral. Nous croyons donc que si une personne est amenée par des manœuvres à vendre une propriété qu'elle affectionne, elle pourra demander la nullité de la vente alors même que le prix qui lui aurait été payé représenterait largement la valeur de l'immeuble. L'article 1116 dit, en effet, que le dol est une cause de nullité de la convention, lorsque les manœuvres pratiquées sont telles que sans ces manœuvres la personne trompée n'aurait pas contracté; or, dans l'hypothèse que nous avons supposée, il est certain que les manœuvres ont déterminé le contrat.

14. Ainsi que le droit romain, notre Code civil a décidé qu'en principe le dol n'était opposable qu'à son auteur (1116), tandis que la violence pouvait être invoquée contre quiconque en profitait (1114). Nous n'avons pas à examiner les motifs qui ont inspiré le législateur, nous les avons déjà exposés dans la première partie de notre étude, nous rappellerons seulement qu'il ne faut pas rechercher la raison de cette divergence de solutions dans l'influence que ces actes ont exercée sur la volonté, mais plutôt dans la faute qui est imputable à celui qui se laisse tromper, et dans la gravité exceptionnelle de la violence, qui menace la société entière.

Le principe comporte des dérogations que l'on peut ranger en deux catégories distinctes. Dans certains cas, le dol pourra être invoqué contre des personnes qui y ont été étrangères, et qui ne tiennent pas leur droit de l'auteur du dol; dans d'autres, et ces hypothèses sont plus

nombreuses que les précédentes, le dol pourra être opposé aux ayant-cause de celui qui s'est rendu coupable de manœuvres.

15. Nous croyons avec M. Bédarride ⁽¹⁾ que l'on peut dire d'une façon générale que ce dol est opposable aux tiers, toutes les fois que les avantages qui leur sont acquis ne résultent pas d'un contrat que la victime des manœuvres a passé avec eux, « *mais de leur qualité ou d'une disposition formelle de la loi.* » En vertu de ce principe, les acceptations et les renonciations de succession et de communauté pourront être rescindées ⁽²⁾ toutes les fois qu'elles auront été déterminées par un dol, quelle que soit d'ailleurs la personne qui ait usé d'artifices. Le motif de cette décision c'est qu'un acte purement unilatéral nécessite une volonté plus libre qu'un contrat, et que les personnes qui se voient ainsi retirer le bénéfice qui en résultait, doivent être moins aisément écoutées à se plaindre de la rescision d'un acte auquel elles n'ont pas concouru ⁽³⁾. Si ce motif est exact, on doit en conclure que lorsque l'acceptation consistera en une novation, une délégation imputable au dol d'un tiers, l'article 1416 reprendra toute sa force, et que pour que l'obligation puisse être attaquée il faudra que le dol provienne de celui à qui on l'oppose.

Quelle était dans les acceptations ou les renonciations

(1) *Traité du dol*, n° 35.

(2) Cette solution presque universellement admise pour l'acceptation de succession (article 783), souffre quelques difficultés pour l'acceptation de communauté, car le texte est moins général (article 1455); la loi est muette sur les renonciations.

(3) On pourrait faire valoir à l'appui de cette idée les articles 622, 788, 1053 C. C., où la loi semble se contenter du préjudice pour accorder l'action révocatoire contre des actes de renonciation.

de successions la théorie admise par les jurisconsultes romains? Ils appliquaient ici encore la distinction du dol en direct et indirect; la personne trompée n'avait en principe d'autre recours que l'action ou l'exception de dol contre l'auteur des manœuvres (Fr. 40, *De dolo malo*).
Cependant, comme les créanciers en cas d'acceptation, les autres héritiers en cas de renonciation, avaient acquis un avantage sur lequel ils n'avaient pas le droit de compter, il est probable que le prêteur devait accorder fréquemment à la personne trompée une *in integrum restitutio*. C'est ce recours extraordinaire que le législateur français a adopté et dont il a fait l'action en rescision de l'article 783 qui est désormais donnée non plus comme faveur exceptionnelle mais comme véritable droit.

On indique quelquefois comme exception à la règle que le dol n'est opposable qu'à son auteur, l'hypothèse où une personne contracte sans user de manœuvres pour tromper son contractant, mais en profitant d'un dol dont un tiers s'est rendu coupable. Le seul fait de bénéficier en connaissance de cause des artifices d'un tiers, constitue une véritable complicité; il ne faut donc pas voir ici autre chose que l'application de la règle générale.

16. Le dol sera dans certaines hypothèses opposable aux ayant-cause de son auteur. Les ayant-cause à titre universel en seront responsables sans aucune distinction, car notre droit ne connaît plus les actions pénales. Le droit romain avait distingué parmi les ayant-cause particuliers ceux qui l'étaient à titre gratuit, ceux qui l'étaient à titre onéreux. Le dol pouvait être invoqué contre les premiers seuls, et il ne pouvait l'être que sous forme d'exception. Notre Code civil n'a pas reproduit cette distinction et malgré les raisons d'équité qui expliquaient la décision

romaine, il n'est pas possible de suppléer au silence du législateur. La réparation du préjudice causé par un dol, comme nous le verrons dans les chapitres spéciaux que nous consacrerons à ce sujet, peut être poursuivie par deux moyens différents, tantôt par une action en dommages et intérêts, tantôt par l'action en rescision de l'article 1116. Dans la première hypothèse, les tiers acquéreurs ne souffriront pas du dol de leur auteur, car ils ne succèdent pas à ses obligations; dans la seconde, au contraire, nous croyons que les acquéreurs à titre gratuit comme les acquéreurs à titre onéreux n'auront pu obtenir sur l'objet dont l'aliénation a été déterminée par des manœuvres, que le droit résoluble qui appartenait à celui qui s'est rendu coupable de dol.

13. Le dol d'un mandataire conventionnel ou légal est-il opposable au mandant? Nous croyons qu'il faut pour trancher cette question, poser dans notre droit la distinction qu'avaient faite les jurisconsultes romains. Sans aucun doute, si Primus use de manœuvres pour déterminer Secundus à s'obliger envers Tertius, il importera peu que Tertius poursuive lui-même l'exécution du contrat ou qu'il en charge Primus. Dans ces deux hypothèses, en effet, l'obligation ayant été déterminée par le dol d'un tiers est pleinement valable, et ce n'est pas un événement postérieur, qui peut porter atteinte à son efficacité.

Le dol du mandataire ne fera donc naître une créance d'indemnité contre le mandant, que si ce mandataire a figuré en cette qualité dans l'acte dont se plaint la victime des manœuvres.

Mais dans cette dernière hypothèse quelle est la réparation qui pourra être exigée du mandant? La nullité de la convention pourra être obtenue contre lui, car bien

qu'il n'ait pas figuré au contrat, il y a néanmoins été partie. D'après le principe même de la représentation *qui mandat ipse fecisse videtur*, les actes de dol sont censés être son œuvre. C'est en vain qu'il alléguerait que le mandataire a outrepassé les pouvoirs qu'il lui a donnés; on lui répondrait qu'il ne doit pas se prévaloir d'un acte sans en supporter toutes les conséquences, sans réparer le dol qui est une des parties du contrat.

Pourra-t-on réclamer du mandant, outre la rescision de l'acte ainsi vicié, des dommages et intérêts? La question nous semble devoir se résoudre par une distinction. Si le mandat est légal, c'est-à-dire si le dol a été commis par le tuteur d'un mineur ou d'un interdit, la négative doit être adoptée d'après la maxime de Papinien : « *Dolus tutorum puero neque nocere neque prodesse debet.* » Ce mandat étant imposé par la loi aux incapables, ne peut être pour eux la source d'une perte.

Si le mandat est conventionnel, on verra fréquemment une faute dans le fait du mandant d'avoir choisi un mandataire malhonnête, et en s'appuyant sur l'article 1382, les tiers qui ont éprouvé quelque préjudice pourront obtenir des dommages et intérêts (1).

Nous devons rapprocher de la représentation légale l'hypothèse où un curateur assiste un mineur émancipé et celle où le mari autorise sa femme. Le dol du curateur sera-t-il opposable au mineur? Le dol du mari sera-t-il opposable à sa femme? Le concours du mari ou du tuteur étant exigé par la validité de l'acte juridique constitue un de ses éléments essentiels; nous croyons donc que le mineur émancipé ou la femme ne serait pas écouté à pré-

(1) Bédarride, *Traité du dol*, n° 81.

tendre que le dol provenant d'un tiers, l'acte qu'il a déterminé est pleinement valable.

18. Le dol peut-il toujours être invoqué contre son auteur? Un mineur, un interdit dans un intervalle lucide, sont-ils responsables des manœuvres qu'ils ont employées pour amener une personne de bonne foi à contracter? L'affirmative n'est pas douteuse. L'article 1310 C. C. nous dit, en effet, que le mineur n'est point restituable contre les obligations qui résultent de son délit ou quasi-délit.

La loi en établissant un système de protection en faveur des incapables, a voulu les défendre contre leur propre faiblesse, mais elle n'a jamais eu l'intention de créer à leur profit une scandaleuse impunité. Pour que le dol leur soit imputable, il ne suffirait pas néanmoins d'une simple affirmation de majorité (1307) ou de l'affirmation que l'interdiction a cessé; car autrement ces déclarations deviendraient de style, et permettraient d'écluser les dispositions de la loi. Lorsqu'un individu contracte, il doit s'enquérir de la capacité de son contractant; ce n'est que dans le cas où l'incapable userait de véritables manœuvres, que s'il présentait un acte de naissance qui n'est pas le sien, que si l'interdit montrait un jugement de main-levée d'interdiction faux, que la personne trompée pourrait obtenir la rescision de l'acte juridique ou suivant les cas des dommages et intérêts.

19. Outre les trois conditions que nous avons énumérées, le droit romain exigeait, pour qu'une personne pût se plaindre d'un dol, qu'elle n'eût elle-même aucun dol à se reprocher. Cette disposition n'a pas été reproduite dans notre Code; doit-on en conclure que les juges ne doivent plus en tenir compte?

La règle : *Si duo dolo malo fecerint invicem de dolo non agent* nous paraît toujours en vigueur. Lorsque en effet, deux personnes se trompent mutuellement, le législateur n'a pas à intervenir, car ni l'un ni l'autre des contractants n'est digne de quelque intérêt; ce sera donc de même qu'en droit romain la situation de fait qui devra être maintenue (1).

(1) Chardon, *Traité du dol*, t. I, p. 21.

DEUXIÈME PARTIE.

DU DOL DANS LES CONTRATS.

CHAPITRE PREMIER.

De l'influence que le dol exerce sur leur formation.

SOMMAIRE.

20. Le dol agit en inspirant l'erreur. Éléments essentiels à tout contrat.
21. Erreurs destructives du consentement.
22. Erreurs qui le vicient. Erreur sur la substance.
23. Est-il nécessaire que cette erreur soit commune?
24. Erreur sur la personne.
25. Des vices rédhibitoires dans la vente.
26. L'absence d'une qualité accidentelle peut rendre le contrat résoluble, si cette qualité a été formellement garantie.
27. Fondement de l'action en nullité ayant pour cause l'erreur.
28. Fondement des actions ayant pour cause les vices rédhibitoires.
29. De l'erreur déterminée par un dol. Intérêt qu'il y a à la distinguer de l'erreur spontanée.
30. L'erreur ayant pour cause un dol fait toujours naître une créance d'indemnité.
31. Dol principal, dol incident.
32. Comparaison du dol principal et de l'erreur substantielle.
33. Fondement des actions en réparation ayant pour cause un dol.
Le législateur ne s'est pas préoccupé de l'influence que le dol exerce sur la volonté.
34. Il a vu dans le dol un fait illicite dont il est dû réparation.

20. Nous avons vu en droit romain, quand nous avons recherché quelle était l'influence que le dol exerçait sur la volonté, qu'il agissait tantôt en faisant naître la crainte dans l'esprit de la victime des manœuvres, tantôt au contraire en l'induisant en erreur ⁽¹⁾. Le mot *dol* n'a pas dans notre droit un sens aussi étendu, il n'embrasse pas la notion de violence.

Supposons qu'une partie soit amenée par un dol à contracter, l'acte ainsi conclu sera-t-il valable, ou le législateur venant au secours de la personne trompée, le déclarera-t-il, suivant les cas, nul ou annulable?

Le dol en lui-même n'a pas pour résultat de porter atteinte à la validité des conventions; il consiste en effet en manœuvres et les manœuvres ne peuvent faire naître, au profit de celui qui s'en plaint, une créance d'indemnité, qu'autant qu'elles lui ont causé un préjudice, c'est-à-dire qu'autant qu'elles l'ont amené, par suite de l'erreur qu'elles ont engendrée, à faire un acte juridique. La théorie du dol se confondant avec celle de l'erreur résultant d'un dol, nous sommes donc amenés à indiquer rapidement les effets de l'erreur spontanée, avant de rechercher les effets de l'erreur qui a été produite par des manœuvres frauduleuses.

Pour qu'un contrat puisse se former, deux conditions essentielles sont toujours exigées, car elles reposent sur la nature même des choses; leur nécessité est indiquée par l'analyse philosophique. Ces conditions sont le consentement des parties et un objet. L'article 1108 exige en outre la capacité de celui qui s'oblige, et une cause licite. Ces deux derniers éléments présentent, comme

(1) Fr. 2, p. 8, *Vi bonorum raptorum*, 47, 7.

l'a très-bien dit M. Demolombe (1), « *un caractère en quelque sorte moins primitif et sont l'œuvre plus arbitraire et plus variable du droit positif.* »

La capacité de la partie exigée pour que le contrat soit inattaquable, n'est pas indispensable à son existence; lorsqu'elle manque, le contrat est seulement rescindable, et c'est la personne en faveur de qui cette nullité a été établie, qui peut seule s'en prévaloir (1125, C. C.).

On peut se demander s'il était bien nécessaire de faire de la cause un des éléments essentiels du contrat. La cause dans les contrats synallagmatiques se confond en effet avec l'objet de l'obligation de l'autre partie, dans les contrats réels avec la *res*, dans les contrats de bienfaisance avec l'intention libérale. Ce n'est donc, suivant les cas que l'objet ou le consentement lui-même, et il était inutile de rappeler la nécessité de ces éléments, en les déguisant sous une dénomination différente.

21. L'erreur dans laquelle se trouve une personne qui contracte, peut avoir une gravité assez importante, pour porter atteinte à l'existence des conditions indispensables à la convention elle-même. Supposons que je vous remette de l'argent à titre de dépôt, que vous croyiez le recevoir en prêt, il n'y aura ni dépôt ni prêt, je veux vous vendre ma ferme de Normandie, vous pensez acheter ma terre de Beauce, ici encore le contrat ne se sera pas formé. L'erreur sur la nature du contrat, sur l'identité physique de son objet, rentrent dans ce que M. Larombière a appelé l'erreur obstacle; il n'y aura pas contrat parce qu'il n'y a pas consentement, c'est-à-dire deux volontés concourant au même but.

(1) *Contrats*, t. I, n° 42.

Quel sera l'effet de l'erreur sur la cause? Si l'erreur porte sur l'existence de la cause, la convention est nulle, car le consentement ou l'objet fait défaut. Il n'en serait pas de même si elle portait sur l'efficacité juridique de cette cause, si par exemple une personne s'engageait à payer une dette naturelle, croyant qu'elle est civilement obligatoire; la convention serait alors rescindable ⁽¹⁾.

22. A côté des erreurs qui supposent l'inexistence de la volonté, nous en trouvons d'autres qui n'ont pas pour effet de détruire le consentement, mais de le vicier. Ce sont les seules dont parle le Code civil.

« L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet (1110). »

Que faut-il entendre par la substance de la chose? En droit romain les jurisconsultes déclaraient nulle la vente, dans laquelle l'acheteur s'était trompé sur la matière de l'objet vendu. Mais cette hypothèse n'était pas la seule, dans laquelle l'erreur pouvait produire un tel résultat; l'erreur sur le sexe d'un esclave empêchait également le contrat de vente de se former. Nous croyons que les jurisconsultes romains n'ont jamais eu de théorie bien établie sur les effets de l'erreur portant sur les qualités d'un objet; ils ont statué dans des hypothèses différentes, en s'appuyant sur l'équité, mais ils n'ont pas rattaché ces solutions à une règle générale.

Pothier que les rédacteurs du Code ont suivi pas à pas, nous explique ce qu'il faut entendre par la substance de la chose : *« L'erreur annule la convention non-seulement lorsqu'elle tombe sur la chose même, mais lors-*

(1) Demolombe, *Contrats*, t. I, n° 126.

qu'elle tombe sur la qualité que les contractants ont eu principalement en vue et qui fait la substance de la chose (1). » Puis expliquant sa pensée par un exemple où l'erreur porte sur la matière de l'objet, il nous dit : « C'est pourquoi si voulant acheter une paire de chandeliers d'argent, j'achète de vous une paire de chandeliers que vous me présentez à vendre, que je prends pour des chandeliers d'argent, quoiqu'ils ne soient que de cuivre argenté, quand même vous n'auriez eu aucun dessein de me tromper, étant dans la même erreur que moi, la convention sera nulle, parce que l'erreur dans laquelle j'ai été a détruit mon consentement; car la chose que j'ai voulu acheter, est une paire de chandeliers d'argent; ceux que vous m'avez présentés à vendre étant des chandeliers de cuivre, on ne peut dire que c'est la même chose que j'ai voulu acheter. »

La substance de la chose comprend les qualités que les parties ont eu principalement en vue, ce sont celles « dont l'absence dénature la chose, l'altère au point qu'elle devient une autre chose, un autre être que celui qui devait être l'objet de la convention » (2). » Fréquemment la substance se confondra avec la matière, mais il n'en est pas toujours ainsi; dans les œuvres d'art notamment, la matière première sera presque toujours une qualité accidentelle, tandis que le nom de l'auteur du travail exercera une influence déterminante sur la volonté des personnes qui contracteront. M. Demolombe fait justement remarquer que « la substance est un élément absolu qui n'est pas susceptible de plus ou de

(1) *Obligations*, n° 17.

(2) Colmet de Santerre, *Traité des obligations*, 16 bis, 2.

moins, ni de degrés ni de nuances ⁽¹⁾. » Ces quelques principes permettent de discerner en pratique les qualités substantielles des qualités accidentelles, mais la question ne laisse pas cependant que de présenter de grandes difficultés.

23. L'erreur pour être une cause de nullité de la convention, doit-elle être commune aux parties contractantes ou suffit-il qu'elle existe d'un seul côté? La loi ayant posé le principe que le consentement n'est pas valable quand il n'a été donné que par erreur, il en faut conclure que la volonté de chacune des parties doit être exempte de ce vice. L'article 1110 le prouve d'ailleurs d'une façon bien évidente; il nous dit que l'erreur sur la personne avec qui on contracte n'est une cause de nullité, que lorsque la considération de cette personne est la cause principale de la convention. Or, on ne peut songer à exiger ici une erreur commune, car il n'est pas vraisemblable que l'article ait visé l'hypothèse exceptionnelle où une personne se trompe sur sa propre individualité.

L'erreur qui existe d'un seul côté suffit donc à rendre le contrat annulable. Cette doctrine comporte cependant un tempérament qui lui ôtera une grande partie de son utilité pratique. Il arrivera fréquemment que la personne qui, sans en rien dire, a cru à l'existence d'une qualité, qui n'existait pas, dans l'objet de l'obligation de l'autre partie, a commis une véritable faute, et si la résolution du contrat cause un préjudice à son cocontractant, celui-ci pourra en réclamer la réparation en s'appuyant sur l'article 1382 ⁽²⁾.

(1) Demolombe, *Traité des contrats*, n° 89.

(2) Demolombe, t. I, 99-103; Colmet de Santerre, t. V, 16 bis, 3 et 4.

Les rédacteurs du Code civil, dans l'article 1110, disant que l'erreur n'est une cause de nullité de la convention, que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet, semblent ne viser que les contrats unilatéraux. Les exemples que nous avons trouvés en droit romain, ceux que nous fournit Pothier se réfèrent presque tous à la matière de la vente, il est donc certain que la rédaction de l'article est inexacte et qu'elle doit être ainsi rectifiée : *l'erreur est une cause de nullité lorsqu'elle tombe sur l'objet ou sur l'un des objets de la convention.*

Dans les contrats synallagmatiques, l'erreur d'un contractant portera le plus souvent sur l'objet de l'obligation de l'autre partie, mais elle peut cependant tomber sur l'objet de sa propre obligation. Dans les deux cas, l'erreur pourra permettre à celui qui en souffre, de demander la nullité de la convention, il n'y a en effet aucune raison de distinguer; dans la première hypothèse comme dans la seconde, la volonté est imparfaite.

21. L'erreur sur la personne avec qui on contracte n'annule la convention qu'autant que la considération de cette personne en est la cause principale (1110). Dans les contrats de bienfaisance l'erreur sur la personne vicie la volonté, car l'intention libérale de celui qui se dépouille, lui est inspirée par des relations d'amitié ou de reconnaissance. Dans les contrats à titre onéreux, il faudra distinguer si le nom de la personne, son habileté, son intelligence ont été pris en considération par celui qui s'est trompé, ou si au contraire il lui importe peu que la prestation promise soit exécutée par une personne quelconque. Le talent et la réputation d'un artiste me déterminent à lui confier un travail; l'erreur sur sa personne provoquée par une similitude de nom sera une cause de

nullité. Pothier nous dit : « Si voulant faire faire un tableau par Natoire, je fais marché, pour faire ce tableau avec Jacques, que je prends pour Natoire, le marché est nul faute de consentement de ma part, car je n'ai pas voulu faire faire un tableau par Jacques, mais par Natoire (1). »

25. L'erreur portera encore atteinte à la validité du contrat de vente, quand elle tombera non plus sur les qualités substantielles de la chose, mais sur ses vices cachés, sur les vices appelés rédhibitoires. Deux conditions sont nécessaires, il faut d'abord que les défauts dont se plaint l'acheteur n'aient pas été apparents, il faut en second lieu « qu'ils rendent la chose vendue impropre à l'usage auquel on la destinait; ou qu'ils diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise ou n'en aurait donné qu'un moindre prix s'il les avait connus (art. 1641). »

L'erreur sur la substance altère profondément le consentement, elle dénature l'objet de l'obligation, elle en fait une chose autre. L'erreur sur les vices rédhibitoires laisse le consentement intact; elle ne porte que sur des accessoires susceptibles de plus ou de moins.

26. Quand nous avons examiné l'effet de l'erreur sur les qualités substantielles de l'objet d'une convention, nous avons toujours supposé que la personne dans l'erreur n'avait pas indiqué d'une façon expresse les qualités de la chose sur lesquelles elle comptait. Si, en effet, certaines qualités avaient été formellement garanties, leur absence rendrait le contrat rescindable, quand même ces qualités seraient accidentelles. Le droit de demander la résolution

(1) Pothier, *Obligations*, n° 19.

du contrat, ne proviendrait pas ici de l'erreur, mais de l'inexécution d'un engagement, de la défaillance d'une condition à laquelle la convention était subordonnée. Il est nécessaire d'insister sur cette idée, car elle a été souvent méconnue, c'est ainsi qu'un éminent magistrat, M. Larombière ⁽¹⁾, exige une prise en considération expresse pour qu'une qualité devienne substantielle. Cette préoccupation se retrouve dans tous les exemples qu'il nous donne : « Vous me vendez de bonne foi ou non, une étoffe de coton, une montre de cuivre, des chandeliers plaqués, tandis que *je vous demande* et crois acheter une étoffe de soie, une montre en or, des chandeliers en argent massif... ; » « Serait de même annulée la vente d'un tableau, d'une statue, d'un objet d'art faite avec désignation du peintre, du sculpteur, de l'artiste, si cette désignation se trouvait fausse. » Dans ces hypothèses, le contrat est annulable par deux raisons différentes, d'abord pour cause d'erreur sur une qualité, qui venant à manquer, fait de la chose vendue une autre chose, en second lieu pour violation d'une promesse. Exiger que l'erreur sur une qualité constitue en même temps l'inexécution d'un engagement, exprès ou tacite, c'est en réalité supprimer de notre droit, la théorie de l'erreur, c'est la confondre avec la théorie de l'effet des obligations (1134, 1135). Tirant des conséquences logiques de l'idée qui lui sert de point de départ, M. Larombière est obligé de reconnaître que l'erreur qui existe d'un seul côté dans un contrat, ne suffit pas pour le vicier, et quel est le motif qu'il en donne ? c'est qu'il n'y a *pas eu de prévisions expresses* de la part de la personne qui a été dans l'erreur, ni de *promesses*

(1) *Théorie et pratique des obligations*, sur l'art. 1110.

formelles de la part de son adversaire (1). Quand nous avons examiné cette même question, nous avons donné une solution inverse; nous ne nous sommes pas en effet demandé si l'acheteur qui croyait à l'existence d'une qualité absente, se l'était fait garantir, nous avons recherché si son consentement était valable, car, à notre avis, lorsque le législateur annule un contrat entaché d'erreur, ce n'est pas parce qu'il veut faire respecter une convention, mais parce que l'erreur est un vice de consentement.

27. Sauf dans les hypothèses exceptionnelles que nous avons énumérées, l'erreur n'exerce aucune influence sur l'acte juridique, à la formation duquel elle a présidé. L'erreur qui tombe sur les qualités accidentelles de l'objet d'une convention, l'erreur qui tombe sur la personne avec qui on contracte, lorsque la considération de cette personne n'est pas la cause principale de la convention, enfin, en matière de vente, l'ignorance de défauts qui ne constituent pas des vices rédhibitoires, ne sont pas prises en considération par le droit positif. Il en est de même, à plus forte raison, de l'erreur sur la valeur de l'objet, car cette erreur se confond avec la lésion; il en est encore ainsi de l'erreur sur les motifs.

Lorsque l'erreur détruit le consentement, c'est-à-dire quand elle tombe *in corpore rei* ou *in natura contractus*, le contrat ne se forme pas, il est inexistant. Si l'erreur porte sur les qualités substantielles de l'objet, sur la personne avec qui l'on traite, le contrat existe, car ses éléments essentiels se trouvent réunis : mais le législateur le frappe d'une invalidité partielle (1117). Sur quel fondement l'action en nullité est-elle établie? Les juris-

(1) N° 3 *in fine* sur l'art 1110.

consultes romains qui, dans les premiers temps, avaient admis ⁽¹⁾ la validité du contrat malgré l'erreur substantielle, firent prévaloir plus tard dans les contrats de bonne foi une sorte de fiction, d'après laquelle l'absence de certaines qualités devait être considérée comme dénaturant l'objet d'une convention; c'est ainsi qu'ils nous disent, dans une hypothèse où l'erreur est relative à la matière de l'objet, *aliud pro alio venisse videtur* ⁽²⁾. Ils tirèrent de cette assimilation une conséquence logique; de même que lorsqu'il y avait erreur sur l'objet, le contrat fut considéré comme inexistant. Cette théorie fut admise par Pothier; il nous dit, en effet, lorsqu'il nous parle de la vente de chandeliers argentés pour des chandeliers d'argent : *on ne peut pas dire que ce soit la chose que j'ai voulu acheter*, et lorsqu'il nous donne l'exemple d'un tableau commandé à Jacques que l'on prend pour Natoire : *le marché est nul faute de consentement de ma part*. Les rédacteurs du Code civil se sont placés au même point de vue, mais au lieu de reconnaître l'inexistence de la volonté dans les hypothèses indiquées, ils ont préféré faire de l'erreur un vice du consentement (1109).

28. L'erreur sur certains défauts de la chose, qui est l'objet du contrat, peut, dans certaines conventions, devenir une cause de nullité, lorsque ces défauts constituent des vices rédhibitoires. Quel est le fondement philosophique de cette disposition? M. Demolombe pense que c'est l'erreur, et il voit là une extension de la théorie de l'erreur sur la substance. Les choses se qualifient en droit d'après les besoins auxquels elles satisfont, « de

(1) Fr. 45, *De cont. emptione*, 18, 1.

(2) Fr. 9, p. 2, *De cont. emptione*.

sorte qu'une chose qui est atteinte d'un vice tel qu'il la rend impropre à l'usage auquel on la destine, peut être dans la science juridique, considérée comme n'étant pas la chose même, que la partie trompée avait en vue, encore que ce vice n'ait pas eu pour résultat d'en dénaturer la substance ⁽¹⁾. » Nous ne croyons pas devoir nous rattacher à cette théorie du savant jurisconsulte. Si l'erreur était la cause qui rendait le contrat attaquant, on comprendrait que l'acheteur eût le droit de rendre la chose et de se faire restituer le prix, mais comment expliquer qu'il puisse garder la chose et se faire rendre une partie du prix (1644)? Lorsqu'une personne vend un objet qui est affecté de vices cachés, elle doit indemniser l'acheteur du préjudice qu'il éprouve. Par cela seul qu'elle a vendu, elle a, en effet, contracté l'obligation tacite de garantir l'acheteur contre l'existence de défauts cachés, car les conventions obligent à toutes les suites que l'usage leur donne (1135). Or, la stipulation de garantie des vices rédhibitoires, qui, en droit romain, était faite expressément dans le principe, devint bientôt de la nature du contrat et fut considérée comme sous-entendue dans toutes les ventes, par suite de l'extension que la jurisprudence donna à l'édit des édiles curules.

En droit romain, il est donc certain que le fondement de l'action de l'acheteur était non pas son erreur, mais une obligation contractuelle tacite. Cette doctrine a passé dans notre législation, car si l'erreur était la cause de la nullité, on ne pourrait expliquer pourquoi le Code civil a exigé que les vices de la chose soient cachés (1641), on

(1) *Des contrats*, t. I, n° 107.

ne pourrait pas non plus rendre compte de ce que l'action résultant des vices rédhibitoires n'a pas lieu dans les ventes faites par autorité de justice (1649), ce qui est très-naturel dans notre manière de voir, car le saisi étant étranger à la vente, n'a pas contracté d'obligation accessoire au contrat principal.

29. Nous avons étudié les effets de l'erreur en elle-même, et nous avons recherché quel était le fondement philosophique des décisions du droit positif; nous avons à résoudre ces mêmes questions à propos de l'erreur, qui a été inspirée par des manœuvres dolosives. Si l'erreur qui amène une personne à contracter est exclusive du consentement, que cette erreur soit spontanée ou qu'elle ait pour origine un artifice, le contrat sera nul. De même, l'erreur qui tombe sur les qualités substantielles de l'objet, ou en matière de vente l'ignorance des vices rédhibitoires, permet à celui qui en souffre de demander l'annulation du contrat, sans qu'on ait à rechercher comment l'erreur a été engendrée. Il n'est pas cependant sans intérêt de distinguer l'erreur spontanée, de l'erreur qui a été provoquée par les manœuvres, de la personne avec laquelle on contracte.

L'erreur est un phénomène intime qui ne se manifeste pas par des caractères extérieurs; sa constatation sera donc difficile, et il arrivera fréquemment que la personne dont le consentement a été vicié, ne pourra pas se prévaloir de la nullité de la convention, par suite de l'impossibilité où elle se trouvera de prouver ses allégations. Le dol consiste en manœuvres, ces manœuvres engendrent l'erreur; la personne ainsi trompée démontrera l'existence des manœuvres, et cette démonstration faite, l'erreur devra être présumée.

Nous nous sommes demandé, en étudiant la théorie de l'erreur, s'il suffisait, pour que l'erreur portant sur les qualités substantielles d'un objet fût une cause de nullité de la convention, que cette erreur existât d'un seul côté ou s'il était nécessaire qu'elle fût commune aux contractants. Cette question ne se pose pas quand l'erreur a été engendrée par le dol de l'une des parties; l'erreur sera toujours unilatérale, et malgré cela personne ne doute qu'elle ne puisse servir de cause à une demande en nullité.

Enfin, outre la nullité qu'elle pourra toujours faire prononcer, la victime du dol principal aura en outre le droit de réclamer des dommages et intérêts, et ces dommages et intérêts comprendront le préjudice, même imprévu, que le dol lui aura causé (1151). Si l'erreur avait été spontanée, des distinctions seraient nécessaires. L'erreur sur les qualités substantielles, qui existe d'un seul côté peut amener la rescision du contrat, mais nous avons admis que la personne qui a été dans l'erreur devra souvent indemniser son cocontractant du préjudice que lui cause cette annulation.

L'erreur commune obligera souvent celui qui s'est trompé sur l'objet de sa propre obligation, à indemniser son adversaire, mais les dommages et intérêts seront limités au préjudice prévu (1150).

Les rédacteurs du Code civil ont eux-mêmes appliqué ces principes, en leur faisant subir une légère atteinte, à la matière des vices rédhibitoires. Si le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu, outre la restitution du prix qu'il a reçu, de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur (1645). Si, au contraire, il les ignorait, il ne devra restituer que le prix et les frais de

la vente (1645). Le prix et les frais de la vente peuvent être inférieurs au dommage prévu, comme le fait remarquer M. Colmet de Santerre⁽¹⁾; il y a donc ici une dérogation à l'article 1150.

30. Dans les cas exceptionnels que nous avons passés en revue, l'erreur d'un contractant, qu'elle soit spontanée ou qu'elle résulte des manœuvres, porte atteinte à la validité de la convention, mais, comme nous venons de le faire voir, il importe cependant de distinguer les deux hypothèses. En dehors de ces dérogations, le principe est que l'erreur spontanée est sans effets, elle laisse subsister le contrat, et le droit positif ne met aucun recours à la disposition de la personne qui a contracté sous l'empire de l'erreur.

Si cette erreur est le résultat d'un dol, la théorie est autre, cette erreur sera tantôt une cause de nullité du contrat, tantôt elle fera seulement naître au profit de la personne trompée une créance d'indemnité, et il en sera ainsi alors même que l'erreur serait tombée sur les motifs qui ont porté une personne à contracter, sur les qualités accidentelles de la chose, sur des défauts autres que les vices rédhibitoires dans une vente. Quelle que soit la nature de l'erreur, elle rendra le contrat attaquant, et il le serait, malgré une convention contraire; c'est ainsi que la résolution d'une vente pourrait être poursuivie alors même que le vendeur, si toutefois il a connu l'existence de vices rédhibitoires, aurait stipulé qu'il ne serait obligé à aucune garantie (1643).

31. Quand le dol qui s'est produit lors de la formation d'un contrat, le rend-il annulable? Dans quelles hypothèses

(1) *Traité de la vente*, 83 bis.

permet-il seulement à la victime de réclamer des dommages et intérêts ? L'article 1116 répond à cette question.

« *Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté.* » Pour que le dol soit une cause de nullité du contrat, il faut d'abord qu'il émane de la personne avec qui on a traité. Nous avons déjà rencontré cette règle, quand nous avons recherché à quelles conditions le dol était puni dans notre droit, nous n'avons pas à reproduire les explications que nous avons données à ce sujet. Il faut, en second lieu, que le dol ait déterminé la partie trompée à contracter.

L'article 1116 se réfère ici à la distinction fameuse du dol, en principal et incident ⁽¹⁾. Le dol principal *dans causam contractui*, c'est celui qui a fait naître la volonté de contracter, le dol incident *incidens in contractum*, a amené l'insertion de clauses désavantageuses pour la personne trompée dans la convention. Si le dol principal n'avait pas existé, la victime des manœuvres n'aurait pas contracté du tout ; sans le dol incident elle n'aurait pas contracté aux mêmes conditions. Il est naturel de frapper le dol de deux manières différentes ; « le dol, dit M. Demolombe, n'est une cause de nullité du contrat que parce qu'il a surpris le consentement de la partie. Or, on ne peut dire que le consentement de la partie a été surpris, lorsqu'il est évident qu'elle aurait consenti, indépendamment même de ce dol ⁽²⁾. » M. Colmet de Santerre, qui voit dans le dol non plus un vice de consentement, mais un

(1) Voir cette distinction, *Suprà* nos 66, 74, 75.

(2) Demolombe, *Contrats*, nos 175 et 176.

fait tombant sous l'article 1382, dit dans le même sens : « Quand le dol est incident, la réparation serait exagérée si le contrat était annulé, parce que le tort causé n'a pas consisté dans la formation du contrat (1). »

Nous avons examiné les textes dans lesquels les commentateurs ont cru trouver cette distinction, et nous rattachant aux conclusions de Noodt, nous avons admis qu'elle était étrangère au droit romain, qu'elle avait été créée par les interprètes. Les rédacteurs du Code civil, suivant les idées généralement adoptées, ont maintenu dans notre droit la distinction du dol en principal et incident. Cette disposition est-elle heureuse? Il est permis d'en douter. Il est, en effet, très difficile en pratique de déterminer l'influence que le dol a exercée sur la volonté. Lorsqu'une personne contracte, son consentement est le plus souvent entraîné par les conditions qui lui sont offertes; le dol de son adversaire tendra à la tromper sur la valeur de l'objet qu'elle acquiert. Si elle n'avait pas été dans l'erreur, aurait-elle acheté l'objet pour sa véritable valeur, n'aurait-elle pas contracté? C'est ce qu'il est difficile de dire, c'est une question à laquelle la personne trompée serait elle-même bien souvent embarrassée de répondre.

M. Demolombe, qui trouve la distinction logique et prévoyante, reconnaît toutefois « *qu'il n'est pas toujours aisé de distinguer dans la pratique le dol principal d'avec le dol incident* (2). » Un indice grave résultera de ce que l'initiative de la proposition du contrat est venue de l'auteur du dol, mais cette condition n'est pas cependant né-

(1) Colmet de Santerre, 26 bis, t. V.

(2) *Contrats*, n° 176.

cessaire pour qu'il y ait dol principal, elle n'est pas non plus suffisante. M. Demolombe conclut en disant qu'il y a là surtout une question d'appréciation, que les magistrats doivent trancher en fait d'après les circonstances. L'article 1116 ainsi compris amène en pratique de bons résultats et il produit à peu près les mêmes effets que la formule que nous avons adoptée en droit romain : l'*in integrum restitutio* sera accordée par le prêteur toutes les fois que ce recours lui paraîtra équitable.

32. Il importe de ne pas confondre l'erreur qui provient d'un dol principal, avec l'erreur visée par l'article 1110. La première est telle que sans les manœuvres pratiquées la partie n'aurait pas contracté (1116), la seconde rend le contrat annulable, a dit Bigot-Préameneu dans l'exposé des motifs, « lorsque le juge peut être convaincu que la partie ne se serait pas obligée si elle n'avait pas été dans cette erreur (1). » En résulte-t-il que le dol principal qui a engendré l'erreur, et l'erreur substantielle doivent être confondus? Non sans doute.

Pour que l'erreur spontanée soit une cause de nullité de la convention; il faut qu'elle tombe sur la substance de la chose, c'est-à-dire sur une qualité dont l'absence la dénature; ou bien encore sur la personne avec qui on contracte, lorsque la considération de cette personne est la cause principale de la convention. Dans ces hypothèses la personne trompée ne se serait pas obligée si elle n'avait pas été dans l'erreur, mais ces hypothèses ne sont pas les seules où l'erreur sera la cause du contrat. L'erreur sur les qualités accidentelles de la chose, sur la personne avec qui on contracte, toutes les fois que la considération

(1) *Exposé des motifs*, Loqué, t. XII, p. 319.

de la personne sera entrée pour quelque chose dans la convention, l'erreur sur les motifs, pourront permettre la rescision de l'acte juridique quand elles auront été engendrées par un dol; tandis que l'acte ne pourrait pas être attaqué, si ces erreurs avaient été spontanées.

La formule dont s'est servi Bigot-Préameneu dans l'exposé des motifs est donc trop large. En cas d'erreur substantielle, la personne qui a été trompée pourra à son choix invoquer l'erreur ou le dol, mais dans de nombreuses hypothèses elle n'aura d'autre ressource que de se plaindre du dol principal, qui produira donc des effets qui lui sont propres.

Pour qu'une personne, dont le consentement a été surpris par dol, puisse demander la nullité de son obligation, deux conditions sont nécessaires, avons-nous dit; il faut d'abord que le dol soit principal, il faut en second lieu que le dol émane de celui avec qui elle a contracté. Si une de ces conditions vient à faire défaut, la victime des manœuvres ne sera pas dépourvue de tout recours; elle pourra réclamer des dommages et intérêts à l'auteur de l'acte illicite. Cette action était déjà admise par le droit romain. Nous avons vu, en effet, que dans les contrats de bonne foi, la réparation du préjudice causé par le dol d'une des parties à son adversaire, était poursuivie par l'action même du contrat; que le dol indirect donnait lieu à l'action *de dolo*. Pothier reconnaît également l'existence de cette créance d'indemnité⁽¹⁾ que les auteurs font reposer aujourd'hui sur la disposition générale de l'article 1382. « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui

(1) *Contrats*, n° 31.

un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. »

33. Quel est le fondement philosophique sur lequel le législateur s'est appuyé pour punir le dol? Lorsque le dol est incident, et alors même qu'il est principal, si c'est un tiers qui s'en est rendu coupable, le dol donne droit à des dommages-intérêts contre son auteur; l'action a donc pour cause un fait immoral.

Si ce dol est principal et qu'il émane d'un des contractants, l'article 1116 permet à la victime des manœuvres de demander la nullité de la convention. Cette action a-t-elle pour objet de fournir la réparation du préjudice éprouvé, le législateur a-t-il frappé d'invalidité le contrat, parce que l'un de ces éléments essentiels, le consentement, avait été vicié?

Cette question est vivement controversée parmi les interprètes.

Dans un premier système on a soutenu que le droit positif avait fait de l'erreur engendrée par un dol, un véritable vice du consentement et on a invoqué à l'appui de cette thèse l'article 1109 : « Il n'y a pas de consentement valable.... si ce consentement a été surpris par dol. » Lorsqu'une personne dans l'erreur contracte, son consentement est altéré quand son erreur n'aurait porté que sur les qualités accidentelles de l'objet. Si le droit positif ne tient compte de cette erreur qu'autant qu'elle a une importance exceptionnelle, ou que si elle a été inspirée par le dol de l'autre partie, c'est dans un but d'utilité générale, c'est parce que la personne qui a été dans l'erreur est souvent coupable d'imprudence et de légèreté, et que la rescision de la convention permettrait à celui avec qui elle a contracté, de lui réclamer des dom-

mages et intérêts. Afin d'éviter ces recours successifs, dans le but de garantir la stabilité des transactions, la loi a établi une sorte de compensation entre la créance en rescision de la personne qui a contracté sous l'empire de l'erreur, et le droit à une indemnité qui appartiendrait à son adversaire; elle a considéré le contrat comme valable, bien qu'en pure raison un consentement qui n'est pas éclairé, ne soit pas un véritable consentement. Mais si l'erreur est imputable à la personne avec qui on a contracté, ces motifs n'existent plus, le droit civil se conforme au droit naturel, le contrat est annulable. Le législateur, comme le dit M. Demolombe (1), « n'a pas considéré seulement, d'une manière absolue les vices du consentement en lui-même, mais il a considéré aussi d'une manière relative l'origine de ces vices et les circonstances plus ou moins aggravantes qui ont pu les produire. »

On s'étonne quelquefois, comme M. Larombière (2), que le dol ne soit pas une cause de nullité, quelle que soit la personne par qui il ait été pratiqué, et on en conclut souvent que le dol n'est pas un vice de consentement. Mais si ce raisonnement était exact, il amènerait à dire que si la violence porte atteinte à la validité des contrats, ce n'est pas parce qu'elle altère la volonté. La violence agit en inspirant la crainte, « or, si la crainte excluait la liberté, comme le dit M. de Savigny, il devrait être indifférent que la crainte fût spontanée ou bien excitée par des menaces, puisque dans les deux cas l'état intellectuel de celui qui craint est identique (3). » Cependant la crainte

(1) *Contrats*, n° 184.

(2) *Théorie et pratique des obligations*, sur l'art. 1116, n° 8.

(3) De Savigny, t. III, trad. Guenoux, page 110.

qui n'a pas été inspirée par des violences, laisse subsister le contrat, et nous n'aurions pas aujourd'hui la ressource de décider, comme Pothier, que la promesse de celui qui s'est ainsi engagé pourra être réduite, si elle est excessive ⁽¹⁾. Faut-il en conclure que la violence n'est pas un vice de consentement?

Nous n'hésitons pas, pour notre part, à affirmer que le législateur en faisant du dol et de la violence des causes de nullité, ne s'est pas préoccupé de l'influence que ces délits ont exercée sur la volonté. Si la violence consiste en une contrainte matérielle, la volonté n'existe pas, celui qui a signé parce qu'on lui tenait la main n'a été qu'un instrument, il n'a pas voulu, le contrat est inexistant. Si la violence a inspiré la crainte et que sous l'empire de ce sentiment la victime ait contracté, le contrat est valable parce que les éléments essentiels à toute convention, le consentement et l'objet, se trouvent réunis. Mais il eût été inique qu'un fait immoral pût servir de base à un enrichissement et le législateur, dans un but d'utilité sociale, en permet l'annulation. Le droit positif accorde ici à la victime de la violence une action en rescision, mais ce n'est pas parce qu'elle a contracté sous l'empire de la crainte, puisque la crainte spontanée serait sans effets, mais parce que la crainte a pour origine un délit.

De même quand le législateur déclare annulable la convention dans laquelle le consentement a été surpris par un dol principal imputable à l'une des parties, ce n'est pas parce que le consentement a été vicié, mais parce que les manœuvres ont causé un préjudice à la personne

(1) Pothier, *Obligations*, n° 24.

trompée, et que le moyen le plus naturel de le réparer c'est de ne pas réclamer l'exécution du contrat. La violence ne porte atteinte à la validité des conventions qu'autant qu'elle a engendré la crainte. Le dol ne peut affecter le consentement qu'autant qu'il a fait naître l'erreur. Or, comme l'a dit très-logiquement Marcadé ⁽¹⁾ « de trois choses l'une : ou bien l'erreur produite sera de nature à détruire le consentement, et il n'y aura pas de contrat, ou bien elle sera de nature à vicier ce consentement et à faire annuler le contrat formé, et alors ce sera le cas de l'article 1110 et non pas encore le cas de notre article 1116 ; ou bien encore l'erreur ne tombera que sur des circonstances indifférentes à la validité de la convention (par exemple sur les qualités simplement accidentelles de la chose, sur les motifs du contrat, etc.), et c'est le seul cas pour lequel notre article puisse être fait. Ainsi donc les règles spéciales au dol ne se trouvent faites que pour le cas où le consentement n'est ni détruit, ni suffisamment vicié, et où le contrat dès lors se trouve en principe être pleinement valable. » Il ne faudrait pas entendre la dernière idée qu'exprime Marcadé, en ce sens que la victime des manœuvres n'aurait pas le droit de faire valoir à son choix l'erreur tombant sur la substance de la chose ou le dol qui l'a engendrée quand les manœuvres sont opposables à son cocontractant ; Marcadé a seulement voulu dire, qu'il n'y avait qu'un cas où l'article 1116 était indispensable, c'est quand l'erreur produite par les artifices ne rentrait pas dans les termes de l'article 1110.

34. L'erreur qui, si elle avait été spontanée, n'aurait

(1) *Explication du Code Napoléon*, sur l'article 1116, n° 416.

pas suffi pour vicier le contrat, rend la convention annulable, si elle a été engendrée par un dol et si elle a déterminé la personne trompée à contracter. Pour quels motifs ? C'est qu'il y a ici un préjudice causé sans droit. « Lorsque le dol est émané d'un tiers, nous dit encore Marcadé, on appréciera le préjudice que j'ai souffert et le tiers m'en indemniserà par une somme d'argent; quand au contraire, le dol vient de la partie avec laquelle j'ai contracté, on devait adopter un autre mode d'indemnité. En effet, le moyen le plus simple et le plus sûr de me procurer l'exacte réparation du tort que me cause mon contrat, c'est évidemment de remettre les choses au même état que si le contrat n'avait pas eu lieu; et comme ce moyen, impossible vis-à-vis d'un tiers, est facile en face de mon cocontractant, il est tout simple que la loi l'ait ordonné dans ce cas. »

Cette explication est très nette, les interprètes qui voient dans le dol un vice du consentement, sont au contraire fort embarrassés pour rendre compte de ce que le dol n'est une cause de nullité de la convention qu'autant que les manœuvres ont été pratiquées par l'autre partie. Quel que soit l'auteur des artifices, il est bien certain en effet que l'état intellectuel de celui qui est dans l'erreur est identique. Dira-t-on que le législateur a fait un vice du consentement relatif, qu'il a créé une fiction d'après laquelle le dol portant atteinte à la volonté, quand il émane de la partie, la laisse intacte quand il émane d'un tiers ? Ce serait de l'arbitraire pur et nous serions obligés de conclure avec M. Larombière, que les rédacteurs du Code civil, en maintenant dans notre droit la règle que le dol n'est opposable qu'à son auteur, « ont suivi trop servilement les anciennes traditions, et ont

été préoccupés des préjugés de l'habitude et de la subtile raison des lois romaines (1). »

Cette critique serait injuste, les rédacteurs du Code civil se sont en effet placés à un tout autre point de vue que M. Larombière, ils n'ont pas considéré dans le dol et la violence des vices du consentement, mais de véritables délits qu'ils ont frappés d'après les dangers qu'ils présentaient pour la société. Cette théorie n'était d'ailleurs nouvelle, c'était en effet la doctrine même des jurisconsultes romains qui avait été reproduite par Pothier.

Les commentateurs qui ont étudié le dol, l'envisagent le plus souvent à un point de vue trop étroit; ils ne se préoccupent que des manœuvres pratiquées par une personne, pour en amener une autre à accomplir un acte juridique. L'idée de dol est plus large; nous avons vu, en effet, en droit romain, qu'il pouvait consister en artifices, destinés à déterminer une personne, à faire un acte purement matériel qui lui est préjudiciable, par exemple à détruire une maison, qu'il pouvait même se réaliser sans le concours de la victime des machinations. Dans ces hypothèses, le dol engendre une créance d'amende au profit de celui qui en a souffert. Si les manœuvres ont décidé une personne à faire un acte juridique, le consentement n'en subsiste pas moins, mais ici encore la victime du dol pourra réclamer une indemnité de son auteur. *Deceptus volui sed volui... actio qua intenditur dare me oportere efficax est, sed iniquum est me condemnari* (2). Cette créance en droit romain était invoquée en compensation, et par suite de principes particuliers

(1) *Théorie et pratique des obligations*, sur l'article 1116, n° 8.

(2) Inst. Justinien, *De exceptionibus*, liv. 4, tit. 13, p. 1.

au système formulaire, le résultat de l'exception était souvent la rescision du contrat. Le prêteur, pour satisfaire à certains besoins d'équité, pouvait encore accorder à la personne trompée une *in integrum restitutio*. Mais qu'il ait eu pour effet d'agir sur la volonté, qu'il ait causé un préjudice à la victime sans qu'elle ait participé à l'acte dont elle se plaint, le droit romain a toujours vu dans le dol un fait de même nature, c'est-à-dire un acte illicite dont l'auteur devrait réparer les conséquences.

Pothier, bien qu'il n'ait pas élaboré une théorie générale du dol et qu'il ait été amené par la place même où il l'étudie, à en faire un vice du consentement ⁽¹⁾, explique cependant de la même manière que les jurisconsultes romains, comment le dol principal est une des causes de rescision des contrats quand il émane d'une des parties. « Lorsqu'une partie a été engagée à contracter par le dol de l'autre, le contrat n'est pas absolument et essentiellement nul, parce qu'un consentement, quoique surpris, ne laisse pas d'être consentement. » Pourquoi donc le contrat est-il vicié? « Si ma promesse m'engage envers vous, le dol que vous avez commis envers moi, en surprenant de moi cette promesse, vous engage à m'indemniser et par conséquent à me décharger de cette promesse ⁽²⁾. »

Les précédents sont donc conformes aux déductions que nous fournit le raisonnement, le fondement de l'action en nullité c'est un préjudice causé et non un vice du consentement. C'est en vain qu'on alléguerait l'article 1109, il n'y a là qu'un argument de mots, comme l'a dit Mercadé,

(1) *Obligations*, n° 16.

(2) *Obligations*, n° 29.

qui ne doit pas prévaloir contre l'argument de choses fourni par l'article 1116. L'article 1109 contient une inexactitude, cette inexactitude s'explique parce que les rédacteurs du Code ont résumé dans cet article le n° 16 de Pothier, mais à côté de cette erreur, il y a un raisonnement qui la corrige, et c'est ce raisonnement que nous devons faire encore aujourd'hui pour corriger l'article 1109 et expliquer l'article 1116.

La question que nous venons d'examiner, est le plus souvent discutée par les auteurs, quand ils se demandent si l'action en nullité qui a pour cause le dol d'une des parties, peut être introduite contre les sous-acquéreurs du contractant primitif. Les commentateurs qui considèrent l'action en rescision comme une action en dommages et intérêts, admettent le plus souvent la négative; le sous-acquéreur n'est pas, dit-on, plus coupable qu'une personne qui, en contractant, profite du dol d'un tiers auquel elle est étrangère, les obligations ne se transmettent pas aux acquéreurs à titre particulier. Nous n'admettons pas cette conséquence de la théorie que nous avons adoptée, et nous expliquerons les motifs auxquels nous obéissons, en étudiant, dans un chapitre spécial, les effets de l'action en nullité.

CHAPITRE II.

Règles sur la preuve du dol.

SOMMAIRE.

- 35. Le dol ne se présume pas, il doit être prouvé.
- 36. La prohibition de la preuve testimoniale ne s'applique pas au dol.
- 37. Lorsqu'un contrat a été déterminé par un dol, ce contrat doit néanmoins être prouvé d'après les règles ordinaires.
- 38. Exceptions qui comporte cette proposition.
- 39. Du dol résultant d'une simulation.
- 40. Les tiers peuvent le prouver par tous moyens.
- 41. Les parties contractantes n'auront le même droit que dans des cas exceptionnels.
- 42. Faits sur lesquels la preuve du dol devra porter.

35. Toutes les fois qu'une personne allègue un titre régulier, ou qu'elle invoque une convention reconnue par son adversaire, l'obligation qui en résulte est présumée valable, jusqu'à preuve contraire. Si celui avec qui elle a contracté, se plaint d'un dol, qui aurait surpris son consentement, il devra donc en faire la preuve. C'est cette vérité évidente qui est énoncée à la fin de l'article 1116 : « Le dol ne se présume pas, il doit être prouvé. »

Pourquoi les rédacteurs du Code civil ont-ils posé ce principe incontestable, qui n'est que l'application de l'article 1315? M. Demolombe pense qu'ils l'ont emprunté

à Pothier (n° 30), « qui pouvait exprimer dans un traité de doctrine, certaines propositions qu'il n'était pas très utile, peut-être, de reproduire dans un Code de lois (1). »

Et Pothier n'avait fait lui-même que de traduire une règle posée au Code de Justinien : « *Dolum ex indiciis perspicuis probari convenit* (2).

Pour que les magistrats admettent la victime des manœuvres à faire la preuve du dol dont elle se plaint, il est nécessaire qu'elle articule des faits précis émanant de son cocontractant; il ne lui suffirait pas de soutenir que l'acte est dolosif (3). Cette règle nous l'avons trouvée en droit romain (4), et bien qu'elle ait eu alors une explication, qui ne pourrait plus être donnée aujourd'hui, dans l'infamie ou au moins la déconsidération que le dol entraînait, elle doit être regardée comme étant toujours en vigueur.

Le dol, comme nous le verrons, se prouve généralement par témoins, les juges ordonneront une enquête, mais ils ne devront recourir à cette procédure coûteuse et incertaine qu'autant que les faits allégués seront vraisemblables. Il faudra en outre qu'ils soient pertinents, c'est-à-dire que ces faits de dol étant démontrés, soient susceptibles d'engendrer une créance en réparation au profit de celui qui s'en plaint.

La règle que le dol ne se présume pas n'est pas ab-

(1) *Contrats*, t. I, n° 181.

(2) Code, const. 6, *De dolo malo*, 2, 21.

(3) On peut s'appuyer sur cet article pour soutenir que notre droit ne conclut pas de la lésion au dol et qu'il n'a pas admis le *dolus re ipsa*.

(4) Dig., Fr. 2, p. 1, *De doli mali et metus exceptione*, 44, 4; Fr. 19, *De dolo malo*.

solue; il est, en effet, comme le dit M. Bédarride ⁽¹⁾, « des circonstances où le dol est présumé, quelquefois même jusqu'à exclure la preuve du contraire; il suffit donc alors de prouver le fait auquel cette présomption est attachée; ce fait est tantôt la qualité de la partie, tantôt la nature de l'acte, tantôt enfin son caractère et les circonstances dans lesquelles il s'est accompli. » C'est par cette idée de dol présumé qu'on peut expliquer l'incapacité générale dont le législateur a frappé les mineurs et les interdits, les incapacités spéciales qu'il a établies dans les articles 907 et 909 du Code civil ⁽²⁾.

36. En principe, le dol doit être prouvé, mais par quels moyens? Notre législateur, reproduisant les dispositions de l'ordonnance de Moulins, exige qu'il soit passé un acte écrit de toutes choses excédant la somme de 150 francs, et décide qu'il ne sera reçu aucune preuve par témoins contre le contenu des actes, même s'il s'agit d'une valeur inférieure à 150 francs (1341). Cet article est-il applicable aux manœuvres qui ont déterminé une personne à contracter?

La négative est certaine. L'article 1348 exige, en effet, pour que l'article 1341 soit applicable, que le créancier ait eu la possibilité de se procurer une preuve littéraire de l'obligation qu'il invoque; or il n'est pas douteux que si la personne trompée avait connu les manœuvres de son adversaire, elle n'aurait pas contracté. Comment donc

(1) *Traité du dol et de la fraude*, t. I, n° 108.

(2) Il ne faudrait pas comprendre la règle que le dol ne se présume pas en ce sens que le dol ne peut être prouvé au moyen de présomptions de l'homme; cette conséquence serait en contradiction avec l'article 1353.

pourrait-on exiger qu'elle se soit procuré une preuve écrite de ces manœuvres?

On peut encore faire valoir à l'appui du système d'après lequel le dol peut être prouvé par tous moyens, l'article 1353. Cet article ne parle expressément que des présomptions, et de sa rédaction embrouillée il semblerait résulter que la preuve par témoins ne devrait pas être admise. Mais un tel résultat est inacceptable. Il est contraire aux travaux préparatoires. Joubert disait, en effet, en expliquant l'article 1353 : « La fraude et le dol ne se présument pas, mais celui qui les allègue doit être admis à les prouver par témoins ⁽¹⁾. » Il est en opposition avec le système de notre Code, qui a toujours mis sur la même ligne la preuve testimoniale et les présomptions.

37. Pour que le dol puisse être prouvé par témoins, il est nécessaire que l'existence de la convention qu'il a viciée, soit démontrée d'après les règles ordinaires. C'est ainsi qu'une partie ne serait pas fondée à prouver l'existence d'un contrat par témoins sous prétexte que ce contrat a été déterminé par un dol. Il y a, en effet, ici deux choses distinctes, le contrat, le dol; et l'impossibilité de se procurer une preuve littérale n'existe que pour les manœuvres. Il en serait de même et pour les mêmes motifs, si le dol allégué était postérieur à la convention. Il ne peut y avoir de violation de dépôt sans qu'il y ait eu dépôt ⁽²⁾.

Lorsqu'un contrat déterminé par un dol a été constaté dans un acte authentique, la personne trompée pourra-t-elle prouver par témoins les manœuvres dont elle a été victime? Sans aucun doute, mais si son allégation est

(1) Locré, t. XII, p. 534.

(2) Cass., 5 mai 1831. Rapporté par Dalloz, *Obligations*, n° 4888; Cass., 20 avril 1844, Dev., 44, 1, 848.

en contradiction avec les énonciations de l'acte, comme elle s'attaque au témoignage d'un officier public, elle devra prendre la voie de l'inscription de faux.

38. Toutes les fois que le dol est distinct de la convention qu'il a déterminée, la victime des manœuvres, si la valeur de l'objet de l'obligation excède 150 francs, devra d'abord prouver l'existence du contrat par un écrit, ou par témoins si elle a un commencement de preuve par écrit, puis elle prouvera le dol par témoins ou présomptions. Mais il peut arriver que les « manœuvres dolosives au moyen desquelles le consentement a été surpris, aient été pratiquées en vue d'un délit dont la perpétration s'est confondue ou reliée avec la conclusion de l'acte juridique qu'il s'agit de constater (1). » En réalité, a-t-on dit, le dol et la convention ne forment alors qu'un acte unique dont la preuve pourra être faite par témoins. Une application de cette règle nous est fournie par un intéressant arrêt de Cassation dont voici l'espèce. Une femme Catherine Vianès, ne sachant pas écrire, remet à Lezin-Delpech des billets pour que l'endossement en blanc soit rempli en son nom à elle. Cette remise avait été provoquée par des manœuvres frauduleuses. Lezin-Delpech remplit les endossements à son profit. Était-il nécessaire de prouver par écrit la remise des effets dont la valeur dépassait 150 francs? Non, et voici les motifs qu'en donne l'arrêt de cassation : « Attendu qu'au fond il ne s'agit pas dans l'espèce de la violation d'un dépôt volontaire, que le fait déclaré constant par l'arrêt attaqué, constitue uniquement un détournement de valeurs, dont la remise a été provoquée et

(1) Aubry et Rau, t. VIII, n° 765, 4^e édit.

déterminée par des moyens de fraude; qu'en s'appropriant ces valeurs par suite de la dite remise, Lezin-Delpech n'a fait que réaliser les bénéfices des manœuvres frauduleuses qui l'ont précédée, d'où il suit que c'est au moment même où elles ont eu lieu que remonte le délit dont il s'est rendu coupable... (1). »

Les considérants de cet arrêt sont significatifs : il n'y a pas eu un dépôt, puis une violation de dépôt. Si l'arrêt avait, en effet, reconnu ces deux actes distincts, chacun d'eux aurait dû être prouvé d'après les règles qui lui étaient propres, le contrat en se conformant aux articles 1344 et 1347, le délit pour tous moyens (1348). Il y a un acte unique, un détournement de valeurs, dont la preuve ne peut être scindée et auquel la preuve testimoniale s'appliquera, car il constitue un délit.

Nous ne croyons pas cependant que la circonstance que le dol se lie intimement à la convention, soit suffisante pour permettre la preuve du contrat par tous moyens. Lorsqu'une personne provoque un dépôt par des manœuvres, dans l'intention d'abuser plus tard de la confiance qu'elle a fait naître, le déposant devra néanmoins prouver le contrat par écrit, car le dol ne l'a pas empêchée de retirer une preuve littérale de la convention. « Il n'est pas exact, comme le dit Dalloz, de faire remonter le délit de violation de dépôt au moment où ont eu lieu les manœuvres à l'aide desquelles le dépôt a été déterminé; le délit ne commence au contraire qu'après l'exécution du contrat dont il constitue la violation; décider autrement c'est créer une fiction pour éluder la loi (2). »

(1) Cass., 27 mai 1837, Dev., 1838, 4, 187.

(2) Dalloz, au mot *Abus de confiance*, n° 197.

Cette doctrine plus juridique a été consacrée par un arrêt de cassation du 20 avril 1844 (1). Bien que dans l'espèce, il s'agissait non pas d'un dépôt spontané, mais d'un dépôt déterminé par des manœuvres, la Cour de Cassation infirmant un arrêt de la Cour de Montpellier a décidé que la preuve du contrat n'était pas admissible par témoins, parce que le commencement de preuve par écrit faisait défaut.

La preuve testimoniale ne sera-t-elle jamais admise pour démontrer l'existence du contrat lui-même? Nous ne le pensons pas, mais il ne faudra pas seulement que les manœuvres aient déterminé le contrat, il faudra de plus qu'elles aient tendu à empêcher la personne trompée d'exiger l'acte qui le constate. Je vous fais une remise de valeurs, vous me déterminez par dol à ne pas réclamer une preuve écrite de cette remise, je pourrai prouver ces manœuvres par témoins. En fait on ne devra pas reconnaître facilement le dol dans de telles hypothèses; une partie ne serait pas admise à prétendre que si elle n'a pas exigé d'acte écrit c'est qu'elle a été déterminée par les déclarations mensongères ou les promesses fallacieuses de son cocontractant. De même lorsqu'un créancier a remis à son débiteur une quittance de sa dette, contre une promesse de paiement ultérieur, il ne serait pas fondé à attaquer par témoins la présomption qui résulte de cette quittance, en alléguant le dol de son débiteur. Dans ces hypothèses la victime du dol est coupable de légèreté et d'imprudence, et lui permettre d'appeler à son aide la preuve testimoniale, ce serait en réalité abroger l'article 1341. Il faudra pour qu'elle puisse prouver la convention

(1) Dalloz, au mot *Abus de confiance*, n° 197.

par témoins, que les manœuvres de son adversaire l'aient mise conformément à l'article 1348, dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale. Mais cette impossibilité ne doit pas être entendue d'une façon trop rigoureuse ; comme le fait remarquer M. Demolombe qui s'appuie sur Pothier, les règles prohibitives de la preuve testimoniale doivent en effet être appliquées équitablement, humainement (1).

39. Le dol qui se produit après la conclusion d'un contrat, peut être prouvé par tous moyens, avons-nous dit, car la personne qu'il lèse n'a pas eu la possibilité d'obtenir un écrit qui le constate. Cette règle n'est cependant pas absolue. Bien souvent le dol se manifestera à la suite d'actes simulés. La simulation se propose en déguisant la vérité de tromper les tiers ou d'éluder les dispositions prohibitives de la loi ; elle portera tantôt sur la nature de l'acte, tantôt sur son existence. On peut, par exemple, supposer qu'un donateur cache la libéralité qu'il fait sous la forme d'un contrat de vente, et qu'il délivre au donataire une quittance dans laquelle il reconnaît avoir reçu le prix de la chose. De même une personne, pour soustraire ses biens à ses créanciers, remettra une décharge à un de ses débiteurs, sans avoir touché le montant de sa créance. La simulation peut avoir pour résultat de léser les tiers ; mais elle peut aussi avoir pour effet de causer un préjudice à l'une des parties contractantes. Nous allons examiner successivement ces deux questions : la simulation peut-elle être prouvée au moyen de témoins par les tiers, peut-elle l'être par un de ses auteurs ?

(1) Demolombe, *Contrats*, t. VII, n° 148.

40. La simulation ou la fraude peut être prouvée par les tiers par tous moyens. C'est ainsi qu'un créancier agissant en vertu de l'article 1167, un héritier réservataire qui prétendrait qu'une donation déguisée a porté atteinte à sa réserve, un héritier même non réservataire qui soutiendrait que son auteur a fait une libéralité par l'intermédiaire de personnes interposées à un incapable, auraient le droit de prouver par témoins leurs allégations⁽¹⁾. Cette doctrine s'appuie sur l'article 1348, car les tiers n'ont pas eu la possibilité de se ménager un écrit, une contre-lettre pour se soustraire à la fraude qui les menace.

C'est ce que Pothier admettait dans l'ancien droit : « La preuve testimoniale des délits et quasi-délits ne peut jamais être refusée à celui envers qui ils ont été commis, à quelque somme que puisse monter la réparation par lui prétendue, car il est évident qu'il n'a pu être en son pouvoir de s'en procurer une autre preuve. Par la même raison chacun est admis à la preuve testimoniale des fraudes qu'on lui a faites. Par exemple, on doit permettre la preuve par témoins des pactions secrètes pour faire passer les biens d'un défunt à une personne prohibée, en fraude de ses héritiers, car il est évident qu'il n'est pas au pouvoir des héritiers d'avoir une preuve écrite de cette fraude ⁽²⁾. »

41. La simulation peut-elle être établie au moyen de témoins par l'une des parties contractantes ? Si les manœuvres d'une des parties ont déterminé l'autre à la simulation, et si de plus elles ont eu pour résultat de

(1) Aubry et Rau, t. VIII, n° 765.

(2) *Obligations*, nos 840, 841.

l'empêcher d'obtenir une contre-lettre, la preuve testimoniale sera admissible; mais il sera nécessaire qu'il y ait eu une véritable impossibilité morale pour la personne lésée, de se procurer un acte écrit, constatant la simulation.

Si, au contraire, la simulation a été consentie librement, la partie à qui elle cause un préjudice ne serait pas, en principe, fondée à établir par témoins le véritable contrat ou à démontrer la fausseté des énonciations de l'acte invoqué. Un futur mari reconnaît dans son contrat de mariage avoir reçu de sa fiancée une dot qui n'a pas été comptée, le mariage n'est pas célébré, il ne pourra pas démontrer par témoins qu'il y a eu une simulation, et que la restitution de la dot qu'on lui demande ne doit pas être effectuée, car l'obligation qu'il a contractée est sans cause. La mauvaise foi de la femme ou de ses héritiers existe, mais elle est postérieure au contrat, elle ne peut donc exercer sur lui aucune influence. La victime de la simulation avait un moyen simple de se garantir contre la fraude, c'était d'exiger une contre-lettre; elle a péché par excès de confiance, elle doit en supporter les conséquences (Cass., 30 avril 1838; Dev., 1838, 1, 437).

Nous croyons cependant que bien que la simulation ne puisse être établie par témoins dans l'intérêt des parties contractantes, cette règle devra recevoir une dérogation, toutes les fois que le déguisement de la vérité aura eu pour objet de faire fraude à la loi. C'est ainsi que la jurisprudence a reconnu que lorsque, sous les apparences d'une dette valable, se déguisaient une dette de jeu, un dédit de mariage, une promesse d'intérêts usuraires, le véritable caractère de l'acte invoqué pouvait être cons-

taté par tous moyens (1). De même, comme le fait remarquer M. Larombière, on pourra prouver par témoins les antidates, les postdates, dont les interdits, les mineurs, les femmes mariées auraient usé pour masquer leur incapacité personnelle (2).

Cette théorie qui ne triompha pas sans difficultés dans la pratique, s'appuie sur un certain nombre d'arguments que nous allons brièvement résumer.

A. En principe, l'article 1341 du Code civil ne permet pas la preuve par témoins contre et outre le contenu des actes, alors même qu'il s'agirait d'une somme inférieure à 150 francs, mais cette règle comporte une exception quand l'acte est entaché de dol ou de fraude (1353). On l'a contesté; l'article 1353, a-t-on dit, statue sur les présomptions ainsi que l'indique la rubrique sous laquelle il est placé, il est étranger à la preuve testimoniale. M. Devilleneuve ajoute en outre qu'on peut rendre compte de cette différence : « L'admission des présomptions ne lie pas les juges, n'engage pas leur conviction comme l'admission de la preuve testimoniale.... Il n'en est pas de même du juge qui admet la preuve testimoniale; il se soumet jusqu'à un certain point à la raison et à la conscience d'un autre, il s'engage d'avance à juger d'une manière conforme aux témoignages qui seront portés devant lui, s'il n'a d'ailleurs aucune raison de les suspecter (3). »

Cette interprétation de l'article 1353 n'est pas accep-

(1) Cass., 29 déc. 1814, Sirey, 16, 1, 212; Cass., Chambres réunies, 7 mai 1836, Sirey, 36, 1, 574.

(2) Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, tome V, sur l'article 1348, n° 20.

(3) Devill., 1836, I, page 575.

table, l'article a été mal rédigé, mais les travaux préparatoires ne laissent aucun doute sur l'intention du législateur ⁽¹⁾; il a voulu permettre la preuve par témoins du dol et de la fraude. L'explication donnée par M. Deville-neuve de la distinction qu'il a cru trouver dans l'article 1353 est inexacte; le juge n'est pas lié par l'enquête, il rejettera les témoignages s'ils n'arrivent pas à le convaincre. En pratique d'ailleurs, comme le remarquent fort judicieusement MM. Aubry et Rau ⁽²⁾, il est impossible de scinder ces genres de preuves, car c'est par témoins qu'on établit le plus souvent les faits dont on tire des présomptions.

B. On peut de plus soutenir que lorsque la simulation a eu pour objet de faire fraude à la loi, les parties ont été dans l'impossibilité morale de se procurer une preuve littérale de la nature de l'acte ainsi déguisé, et que par conséquent elles auront le droit de prouver par témoins, d'après l'article 1348, la simulation dont elles se plaignent. Le but que les parties se proposent en simulant, c'est de rendre obligatoire une convention, que la loi considère comme nulle; pour arriver à ce résultat, elles lui donnent les apparences d'un acte valable. Si l'une d'elles exigeait une contre-lettre, elle manifesterait par là même l'intention de se soustraire aux conséquences de l'acte simulé, elle lui ôterait toute utilité, car il lui suffirait de montrer sa contre-lettre pour rendre la simulation inutile ⁽³⁾.

Comment comprendre d'ailleurs que le législateur qui pose certaines règles dans un but d'utilité publique, puisse

(1) Locré, tome XII, p. 534.

(2) T. VIII, 4^e édit., p. 351, note 28.

(3) Demolombe, *Obligations*, t. VII, n^o 185; Larombière, t. V, sur l'art. 1348, n^o 19; Aubry et Rau, t. VIII, p. 351, note 28.

en sanctionner la violation quand les parties ont eu recours à un détour? Ne pas permettre la preuve testimoniale dans de telles circonstances, ce serait proclamer l'impunité des fraudes à la loi, car ce serait en rendre la constatation presque impossible.

Nous n'insisterons pas davantage sur la preuve du dol postérieur au contrat, cette matière rentre plutôt en effet, dans une étude sur la fraude que dans une dissertation sur le dol limitée comme la nôtre, aux manœuvres qui agissent sur la volonté.

42. Lorsque le dol se produit lors de la formation d'un contrat, ou même quand il lui est postérieur, si la victime de cet acte illicite n'a pas eu la possibilité de s'en procurer une preuve écrite, il pourra être prouvé par tous moyens. Mais quels sont les faits sur lesquels la preuve du dol devra porter?

Si le dol consiste en un acte matériel, par exemple, dans la violation d'un dépôt, ou dans l'inexécution d'une obligation contractée (1150), la preuve en est facile, elle portera sur le fait dont se plaindra la personne lésée. Lorsque le dol résultera de manœuvres ayant amené une personne à faire un acte juridique, il semble que la victime devra prouver d'abord les manœuvres, puis l'erreur qu'elles ont engendrée. Or, si la preuve des manœuvres peut être faite par témoins, l'erreur est un phénomène intime qu'on ne pourra le plus souvent établir que par présomptions. Les juges devront tenir compte, dans leur décision, de l'intelligence, de l'expérience des affaires de la personne trompée; ils devront, de plus, rechercher d'après les circonstances de la cause, lorsque cette personne réclamera la rescision du contrat, si l'erreur, en la supposant démontrée, a présenté les caractères exigés par

l'article 1116. Le plus souvent quand les manœuvres auront été prouvées, l'erreur devra être présumée, et nous croyons que ce sera à celui qui s'en est rendu coupable, de montrer que les manœuvres n'ont exercé aucune influence sur la volonté de la personne qu'elles visaient.

Les juges du fait ont un pouvoir discrétionnaire pour apprécier l'existence et l'efficacité des manœuvres alléguées, et leur décision ne pourrait pas de ce chef donner lieu à un pourvoi en Cassation (1).

Mais ce recours devrait au contraire être admis si la décision attaquée avait annulé un contrat, bien que les manœuvres aient été pratiquées par un tiers, ou si le dol imputable à l'une des parties, n'avait pas engendré l'erreur dans l'esprit de celui qui s'est obligé (2).

(1) Cass., 2 mars 1840; Dalloz, *Obligations*, n° 224.

(2) Dalloz, Cassation, nos 1709 et suiv.

CHAPITRE III.

Des moyens de réparation du préjudice que le dol a causé.

SECTION PREMIÈRE.

De l'action en dommages et intérêts.

SOMMAIRE.

43. Le dol indirect et le dol direct incident engendrent une créance en indemnité.
44. Dans quel article ce droit à une réparation est-il écrit? article 1382.
45. A quelles conditions l'article 1382 est-il applicable?
46. En cas de dol ces conditions sont réunies.
47. Le dol direct échappe cependant aux articles 1382 et 1383, parce qu'il est déjà frappé par d'autres articles, parce qu'il constitue la violation d'une obligation contractuelle.
48. Démonstration. L'action en nullité est une application de la règle contenue dans l'article 1184.
49. L'action en nullité diffère cependant de l'action en résolution.
50. Montant des dommages et intérêts. De quelle époque sont-ils dûs?
51. Cas où l'action en dommages et intérêts existe seule, cas où elle concourt avec l'action en nullité.
52. L'acte de dol peut constituer un délit puni par la loi pénale. Prescription. Solidarité.

43. Nous avons longuement étudié le fondement sur lequel le droit positif fait du dol une cause de nullité des conventions, lorsqu'il présente une certaine gravité, et nous avons admis que le législateur l'avait frappé, non pas en considérant la volonté de la personne trompée comme imparfaite, mais parce que les manœuvres qui le constituent sont des actes immoraux, dont la réparation est due par celui qui s'en est rendu coupable. Notre Code ne contient aucun article spécial, qui punisse le dol incident imputable à l'une des parties, ni le dol quelconque commis par un tiers, étranger à la convention qu'il a déterminée par ses manœuvres. Le caractère illicite du dol qui ne rentre pas dans les termes de l'article 1116, n'est cependant pas douteux, et il n'a jamais été contesté. Nous avons vu en effet en droit romain que le prêteur, s'appuyant sur l'idée d'équité, avait considéré comme un délit, sanctionné par une action pénale, le fait de la part d'un tiers, d'avoir usé de fraude pour amener une personne à contracter une obligation envers une autre personne; qu'il avait puni, comme violation d'une obligation contractuelle, la mauvaise foi dont une des parties était coupable envers son cocontractant. Pothier dans son *traité des obligations* a reproduit la même doctrine : « Il n'y a pas que le dol qui a donné lieu au contrat, qui puisse donner lieu à la rescision c'est-à-dire le dol par lequel l'une des parties a engagé l'autre à contracter, qui n'aurait pas contracté sans cela; tout autre dol qui intervient dans les contrats, donne seulement lieu à des dommages et intérêts, pour la réparation du tort qu'il a causé, à la partie qui a été trompée (1). »

(1) Pothier, *Obligations*, n° 31.

44. Notre Code civil n'a certainement pas entendu abroger ces principes, mais tandis que le magistrat romain puisait dans ses pouvoirs très étendus le droit de modifier la législation et de punir les actes immoraux, le juge n'a plus aujourd'hui à corriger les lois, mais à les appliquer. Pour qu'il puisse accorder une réparation à la personne trompée par des manœuvres il faut un texte, ce texte quel est-il? Généralement on admet que le droit de frapper le dol est écrit dans l'article 1382. « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. »

La formule de cet article est très large, et il est difficile en pratique de déterminer nettement ses limites. Il semble bien résulter des travaux préparatoires, que les rédacteurs du Code civil ont entendu résumer dans un article unique, toutes les dispositions relatives au dommage, causé sans droit à autrui, qu'ils avaient trouvées en droit romain. C'était alors au moyen de l'action de la loi Aquilia directe ou utile, par l'action *de dolo*, par l'action *in factum* subsidiaire de l'action *de dolo*, par les actions *in factum* prétoriennes nées *quasi ex delicto*, que la réparation d'un acte illicite pouvait être poursuivie. Le tribun Tarrible, dans le discours qu'il prononça au Corps législatif sur l'article 1382, cita des exemples qu'il avait empruntés aux jurisconsultes romains, de faits tombant sous le coup de la loi Aquilia (1). Le projet primitif, dans ses articles 16 et 17, visait à peu près l'hypothèse indiquée dans les Institutes de Justinien au p. 1, *De obligationibus quæ quasi ex delicto nascuntur*

(1) Locré, t. XIII, p. 58.

(l. IV, tit. v). Nulle part, ni dans le projet ni dans la discussion, on ne parla du dommage qui pourrait être causé à l'occasion d'un acte juridique par l'une des parties contractantes. Si le dol par lequel un tiers détermine une personne à s'obliger envers une autre personne, semble être frappé par l'article 1382, car sa réparation était poursuivie autrefois par l'action *de dolo*, il semble donc qu'au contraire le dol dont une des parties est coupable envers son cocontractant, ne rentre pas dans les termes de cet article, car l'indemnité auquel il donne droit était réclamée dans les contrats de bonne foi, les seuls qui nous intéressent, par l'action *rei persecutoria*, qui était née de la convention.

Il faut cependant remarquer que l'intention des rédacteurs du Code a été de donner à cet article une extension considérable. Bertrand de Greuille, dans le rapport qu'il fit au Tribunat, disait en effet : « Tout individu est garant de son fait, c'est une des premières maximes de la société; d'où il suit que, si ce fait cause à autrui quelque dommage, il faut que celui par la faute duquel il est arrivé soit tenu de la réparer. *Ce principe consacré par le projet n'admet point d'exception*; il embrasse tous les crimes, tous les délits, *en un mot, tout ce qui blesse les droits d'un autre* (1). ».

45. A quelles conditions ce fait donnera-t-il naissance à une créance d'indemnité? Il faut que le fait soit imputable à faute à son auteur, l'article 1382 dit en effet : « ... oblige celui *par la faute duquel il est arrivé* à la réparer (2). »

(1) Locré, t. XIII, p. 40, n° 9.

(2) On se contente au contraire du simple fait sans faute, si ce fait

Il en résulte que le fou ⁽¹⁾, l'enfant en bas-âge qui n'a pas encore conscience de la valeur de ses actes au point de vue moral, ne peuvent être responsables d'un délit ou même d'un quasi-délit ⁽²⁾.

Il n'est pas nécessaire que ce fait soit positif, une simple omission est une cause de responsabilité civile : l'article 1383 complétant l'article 1382 est en effet ainsi conçu : « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non-seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou son imprudence. »

Il faut en second lieu que le fait allégué soit dommageable, ce n'est là que l'application de la règle générale : Sans intérêt pas d'action.

Enfin il est nécessaire qu'il soit illicite. Comme le fait remarquer M. Demolombe, « c'est précisément ce caractère du fait dommageable qui constitue la faute, l'imprudence et la négligence, d'où résulte le délit ou le quasi-délit ⁽³⁾. » Qu'entendre par un fait illicite? On pourrait être tenté de croire, en s'appuyant sur ce principe de la constitution de 1791 : « tout ce qui n'est pas défendu par la loi est permis et ne peut être empêché ⁽⁴⁾, » qu'il est nécessaire que l'acte en question tombe sous le coup d'une disposition formelle de la loi. Cette idée ne serait pas exacte; il est, en effet, des actes qui sont illicites par cela seul qu'ils sont visés par les articles 1382 et 1383.

est intervenu entre deux personnes unies par un rapport de droit (Demolombe, *Obligations*, t. VIII, n° 469).

(1) Pothier, *Obligations*, n° 118.

(2) Demolombe, *Obligations*, t. VIII, n°s 485, 494; Aubry et Rau, t. IV, § 444.

(3) *Obligations*, t. VIII, n° 665.

(4) Rapporté par Dalloz, au mot *Responsabilité*, n° 4.

La question reste donc entière; à quels caractères reconnaître ces actes qui rentrent dans les termes de nos deux articles? On pose généralement ce principe qu'on exprime de deux manières différentes : l'acte attaqué doit avoir porté atteinte au droit d'autrui, il ne doit pas constituer de la part de son auteur l'exercice d'un droit ⁽¹⁾, ce n'est là que l'application d'une règle de raison, formulée déjà par les jurisconsultes romains : « *Nemo damnum facit nisi qui id fecit quod facere jus non habet* ⁽²⁾. »

46. Le dol qui se produit lors de la formation d'un contrat, satisfait aux conditions que nous avons énumérées : il consiste en un fait ou une abstention imputable à son auteur, nous supposons que ses résultats sont dommageables, enfin il porte atteinte au droit de la personne trompée, et n'est pas pour son auteur l'exercice d'un droit propre. Le dol est donc un des faits punis par les articles 1382 et 1383.

Il semble que la démonstration soit complète. Il faut cependant remarquer qu'il y a dans notre droit des hypothèses où certains actes rentreraient dans les termes de l'article 1382, et où on est d'accord pour admettre que

(1) Aubry et Rau, t. IV, 4^{me} édit., § 444; Demolombe, *Obligations*, t. VIII, n° 665.

(2) Dig., l. 50, t. XVII, Fr. 151, *De reg. juris*. Ce principe qui circonscrit l'application de l'article 1382, n'a pas été respecté par la jurisprudence. S'appuyant sur la pratique suivie dans notre ancien droit, elle admet que l'exercice inique d'un droit par celui qui le possède, ou le choix dans le dessein de nuire du mode de jouissance le plus dommageable pour un tiers, peut servir de fondement à une demande en réparation. M. Savatier (*Thèse doctorat*, 1881) a bien montré l'influence que cette interprétation avait exercée sur les pouvoirs du juge moderne, qui devient ainsi une sorte de prêteur corrigeant le droit civil quand il est en contradiction avec l'équité (n°s 125 et 126).

cet article est inapplicable, parce que ces faits sont eux-mêmes prévus et punis par d'autres articles moins généraux. Le refus d'accomplir une promesse, la faute, le dol dans l'exécution d'une obligation sont certainement des actes qui réunissent les conditions exigées par l'article 1382, et cependant on reconnaît généralement que ces faits sont uniquement régis par les articles 1136, 1137, 1146 et suivants.

Pour apprécier la responsabilité du contrevenant et les dommages et intérêts qu'il doit, il faudra tenir compte du caractère particulier de l'acte, car, comme l'a fort bien dit M. Demolombe : « Les dispositions que le législateur a édictées à cet égard (sur le caractère des fautes qui peuvent être commises dans l'exécution des contrats et les dommages et intérêts résultant de l'inexécution), ont ce double caractère qu'elles sont tout à la fois spéciales et complètes. D'où il suit qu'elles se suffisent à elles-mêmes et qu'on ne saurait introduire dans cette matière d'autres textes qui y sont étrangers ⁽¹⁾. »

Nous croyons donc que si une faute contractuelle n'est pas assez grave pour permettre d'en réclamer la réparation, en se fondant sur la responsabilité dérivant de la convention, on ne pourrait agir par l'action de l'article 1382, bien que la faute la plus légère, constitutive d'un délit, engendre un droit à une indemnité. *In lege Aquilia et levissima culpa venit*, comme le disait Ulpien ⁽²⁾. Et cette différence est facile à expliquer; deux personnes qui contractent se choisissent, l'auteur et la victime du délit sont étrangères l'une à l'autre.

(1) Demolombe, *Obligations*, t. VIII, n° 477.

(2) Dig., Fr. 44 pr., *Ad legem Aquiliam*, liv. IX, tit. II.

47. La question que nous avons à résoudre est donc la suivante : Les faits de dol commis par une personne pour amener son adversaire à s'obliger, échappent-ils aux articles 1382, 1383, parce qu'ils sont déjà prévus et sanctionnés par d'autres articles? C'est avec une certaine hésitation que nous admettons l'affirmative. Il est, en effet, téméraire dans une matière qui, comme celle du dol, exerce depuis si longtemps la sagacité des juriscôultes, d'émettre des idées qui peuvent paraître nouvelles; trop souvent, en effet, la nouveauté n'a en droit d'autre mérite que son originalité.

Nous espérons cependant ne pas encourir le reproche de présomption, car la théorie que nous proposons était celle des jurisconsultes romains.

Le dol dont une des parties use à l'égard de son cocontractant n'est pas illicite parce qu'il est un délit frappé par l'article 1382, mais parce qu'il constitue la violation d'une obligation contractuelle.

48. Nous avons vu en droit romain l'utilité de la *cautio de dolo* dans les contrats de droit strict; cette promesse accessoire de l'obligation principale, permettait au stipulant de poursuivre la réparation du préjudice que lui causait la mauvaise foi de son adversaire par une action *rei persecutoria*, l'action *ex stipulatu*. Dans les contrats de bonne foi, en souvenir de l'époque primitive où les contrats consensuels n'existaient pas encore, où la vente se concluait au moyen de deux stipulations, les parties conservèrent longtemps l'habitude de se promettre réciproquement *dolum malum abesse abfuturumque* ⁽¹⁾. Cet engagement qui était sanctionné par l'action même du

(1) Fr. 68, p. 1, *De contr. emptione*, 18, 1.

contrat, était cependant inutile ; par leur nature même les contrats nouveaux obligeaient les parties à s'abstenir de toute manœuvre déloyale.

Notre Code civil n'a pas reproduit expressément l'obligation qui incombe à tout contractant d'être de bonne foi, mais cette obligation n'en subsiste pas moins ; elle est de l'essence même des conventions. Elle résulte d'ailleurs de l'article 1135, qui est ainsi conçu : « Les conventions obligent non-seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. » Le devoir de ne commettre aucun dol rentre certainement dans cette formule, les précédents le prouvent jusqu'à l'évidence.

Le fait d'user de manœuvres constitue la violation de l'obligation d'être de bonne foi. Quelles conséquences en tirer ? Il semble en résulter que lorsqu'une des parties manquera à sa promesse, l'autre pourra à son choix demander l'exécution du contrat ou sa résolution et exiger en outre, dans l'un ou l'autre cas, des dommages et intérêts si elle éprouve un préjudice. Cette option est en effet inscrite dans l'article 1184 : « La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.

» Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. »

Cette explication est-elle en harmonie avec l'article 1116, qui ne donne à la victime des manœuvres le droit

de demander la résolution du contrat que si le dol est principal? Au premier abord on est tenté d'admettre la négative, car il semble que l'article 1184 devrait permettre à la personne trompée d'invoquer la condition résolutoire même en cas de dol incident. Mais il faut remarquer que le fait d'avoir usé de manœuvres, ne constitue pas la violation de l'obligation principale, qui est née du contrat, mais l'inexécution d'une obligation accessoire. Or si nous nous en rapportons à Pothier, le défaut du paiement du prix dans la vente est une cause de résolution du contrat (obligation principale), tandis que « à l'égard de toutes les autres obligations, soit du vendeur, soit de l'acheteur, c'est par les circonstances qu'on décide si leur inexécution doit donner lieu à la résolution du contrat; elle y donne lieu lorsque ce qu'on m'a promis est tel que *je n'eusse pas voulu contracter sans cela*..... Dans le cas contraire, c'est-à-dire, si *l'on ne peut pas assurer que je n'aurais pas voulu acheter la chose sans cela, mais seulement que je n'eusse pas voulu l'acheter si cher*, je ne pourrai pas demander la résolution du contrat, mais seulement une diminution du prix ⁽¹⁾. » C'est cette même distinction qui est admise par Pothier dans des termes identiques, lorsqu'il signale les effets différents que le dol peut produire dans la formation des contrats ⁽²⁾. Nous croyons donc que si le dol donne tantôt droit à des dommages et intérêts, tantôt droit à la résolution du contrat, ces effets proviennent non pas de l'article 1382, mais de l'article 1184, dont

(1) Pothier, *Traité du contrat de vente*, n° 475, partie V, ch. 2, section 6. Cette théorie a été appliquée dans les art. 1636, 1638.

(2) Pothier, *Obligations*, 31.

l'article 1116 n'est lui-même qu'une application. L'article 1116 était-il utile? Parmi les auteurs qui voient la cause de la nullité, qui a pour origine un dol, dans un préjudice injustement causé (1382), les uns disent non, car l'annulation est un procédé de réparation auquel le juge aurait pu recourir; d'autres disent oui, car l'annulation, équivalant à des dommages et intérêts, serait toute relative, elle ne pourrait être opposée à des sous-acquéreurs ou aux créanciers de l'auteur des manœuvres : le législateur a créé un procédé de réparation comme seul il pouvait le faire, une sorte d'*in integrum restitutio*, opposable à tous. Nous croyons pour notre part que l'article 1116 était inutile, car il ne fait qu'appliquer l'article 1184 en y introduisant un tempérament d'équité; le législateur aurait gardé le silence que le dol principal aurait permis à celui qui souffrait de réclamer la rescision du contrat, et cette rescision eût été opposable à tous, car elle n'aurait constitué que l'exercice d'une condition résolutoire sous-entendue.

La théorie que nous proposons présente le grand avantage d'être conforme aux précédents; les manœuvres dont l'une des parties usait lors de la formation d'un contrat constituaient, en effet, en droit romain, la violation d'une obligation conventionnelle tacite. Elle ne fait pas intervenir dans la discussion un article, l'article 1382, qui, d'après son origine, d'après les travaux préparatoires et les exemples qui y furent donnés, ne s'applique pas au dommage causé, à l'occasion d'un acte juridique, par l'une des parties contractantes; elle explique d'une façon satisfaisante les sanctions diverses du dol que nous trouvons dans la loi.

Nous avons admis dans notre étude sur le dol, en droit

romain, que l'objet de la créance de la victime des manœuvres était toujours une somme d'argent même en cas de dol principal; aujourd'hui, l'objet de cette créance pourra être la résolution du contrat. Cette différence peut être facilement comprise. Le principe d'après lequel tout contrat synallagmatique contient une condition résolutoire, en cas d'inexécution par l'une des parties de ses obligations, n'existait pas, en effet, en droit romain. Pour que le droit à la rescision eût pu naître, il aurait fallu une sorte de pacte commissoire par lequel les parties auraient stipulé, que si l'une d'elles se rendait coupable du dol à l'égard de l'autre, cette dernière pourrait demander la résolution du contrat. Cette clause ne fut pas usitée, car les textes nous signalent seulement cette promesse accessoire : *Spondeo dolum malum abesse abfuturumque*; nous pouvons donc en conclure qu'elle ne fut jamais sous-entendue.

Dans notre ancien droit, la clause d'après laquelle l'inexécution d'une obligation serait une cause de rescision du contrat devient fréquente : Pothier nous dit en effet : « On met souvent pour condition résolutoire de l'obligation que contracte l'un des contractants, l'inexécution de quelqu'un des engagements de l'autre (1). » Cette condition résolutoire fut sous-entendue par la doctrine : « Comme le plus souvent, on ne peut sans de grands frais se faire payer de ses débiteurs, on a été obligé de se départir, dans les tribunaux, de la rigueur de ces principes; et on admet un vendeur à demander la résolution du contrat pour cause de défaut de paiement du prix, quoiqu'il n'y ait pas de pacte commissoire (2). »

(1) *Obligations*, n° 672.

(2) *Contrat de vente*, n° 476.

C'est cette règle dont Pothier nous donne une application dans la vente, qui passa dans notre Code et qui est exprimée d'une manière générale dans l'article 1184.

C'est par elle, croyons-nous, que l'on doit expliquer les effets du dol commis par l'un des contractants, notamment le droit de demander la résolution du contrat qui, nous l'avons soutenu, n'existait pas en droit romain.

49. L'action en nullité diffère cependant, il nous faut bien le reconnaître, de l'action en résolution de l'article 1184. Tandis que l'action en nullité dure 10 ans (1304), l'action de l'article 1184 dure 30 ans (2262). Mais cette dérogation à la règle générale ne doit pas surprendre. Si le législateur a en effet établi un délai plus court lorsque la violation du contrat consiste en un fait de dol, que lorsqu'il consiste dans l'inexécution de toute autre obligation, c'est dans l'intérêt des tiers. Ceux-ci peuvent à la rigueur vérifier lorsqu'ils achètent un objet, si les clauses du contrat d'acquisition de leur auteur ont été accomplies; ils peuvent interroger le propriétaire primitif. Ils n'ont le plus souvent aucun moyen de savoir si le titre de leur vendeur a été vicié par un dol, car au moment même où ils contractent, le premier aliénateur peut ne pas encore avoir découvert les manœuvres. Ils ne seront absolument garantis contre tout recours, que lorsque le temps établi pour la prescription sera écoulé, c'est pour ce motif que le législateur en a diminué la durée. Cette limitation se comprend d'autant mieux que le point de départ de la prescription n'est pas le moment où le contrat dolosif a été passé, mais celui où les artifices ont été découverts (1304).

50. Le fondement de l'action en dommages et intérêts étant établi, nous avons à étudier sommairement l'objet,

puis les principaux caractères de l'action en elle-même.

Quel sera le montant des dommages et intérêts? Ils comprendront le préjudice éprouvé par la victime du dol et le gain dont elle a été privée (1149). Le fait d'user de manœuvres constituant la violation de l'obligation d'être de bonne foi, l'article 1151 sera applicable, l'auteur du dol devra les dommages même imprévus, qui résultent de ses artifices, mais il sera nécessaire cependant qu'ils en soient une suite directe. Les auteurs qui voient dans l'action en réparation, que le dol fait naître, une application de l'article 1382, arrivent cependant aux mêmes conclusions; car bien qu'ils admettent que l'article 1151 n'a été édicté que pour le règlement des dommages et intérêts provenant de l'inexécution des conventions, ils reconnaissent que « le motif essentiel de logique et d'équité sur lequel il est fondé ne comporte pas de distinction (1). » L'auteur d'un acte illicite doit en effet la réparation du dommage qu'il a causé, mais il ne doit rien de plus.

Dans certains cas, le montant des dommages et intérêts, qui résultent de l'inexécution d'une obligation, est limité par la loi elle-même.

L'article 1153 nous dit que dans les obligations qui ont pour objet une somme d'argent, les dommages et intérêts qui résultent du retard dans l'exécution, ne consistent jamais que dans les intérêts fixés par la loi. L'article 1153 est-il applicable, lorsque par manœuvres, une personne en a déterminé une autre à lui confier une somme d'argent? Non, sans doute; l'objet de la créance de la personne trompée n'est pas en effet la somme qu'elle

(1) Demolombe, *Obligations*, t. VIII, n° 687.

a payée, mais le préjudice qu'elle a éprouvé; le dol ne résulte pas d'un retard apporté à l'exécution dans l'obligation contractée, mais des manœuvres qui ont déterminé une personne à faire un acte juridique, qui lui est préjudiciable.

Une dernière question se pose. L'article 1146, qui décide que les dommages et intérêts ne sont dûs que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation, régit-il l'hypothèse où dans un contrat, l'une des parties détermine par dol son adversaire à s'obliger à des conditions plus onéreuses?

Nous admettrons encore ici la négative. L'obligation de s'abstenir de tout dol est, en effet, une obligation de ne pas faire; or, d'après l'article 1145, dans les obligations de cette nature, les dommages et intérêts sont dûs par le seul fait de la contravention. Cette disposition est d'ailleurs en harmonie avec l'article 1146; car, si dans les obligations de donner ou de faire, on exige une mise en demeure, c'est que le débiteur a pu souvent compter sur une tolérance de la part de son créancier, tandis que cette prétention serait inacceptable si, au lieu de tarder à exécuter sa promesse, il l'avait violée.

51. L'action en dommages et intérêts par laquelle la personne trompée obtient la réparation du préjudice qu'elle éprouve, est quelquefois le seul recours qui lui soit ouvert; quelquefois aussi elle pourra opter entre cette action et l'action en nullité de l'article 1116; enfin il arrivera encore qu'elle pourra intenter successivement ces deux actions.

A. L'action en dommages et intérêts existera seule, lorsque les conditions exigées pour que l'action en nullité puisse être intentée ne seront pas réunies, c'est-à-dire si

le dol n'est pas imputable à une des parties contractantes mais à un tiers, si le dol bien qu'émanant d'une des parties, est un dol incident (1116).

B. Il en sera de même lorsque l'action en nullité sera prescrite, si le délai de trente ans pendant lequel l'action en dommages et intérêts peut être exercée, n'est pas encore écoulé. Car, tandis que l'action en nullité dure dix ans, qui commencent à courir du jour de la découverte du dol (1304), l'action en réparation dure trente ans, dont le point de départ est le jour même où le contrat a été passé (2262). On a cependant contesté que la personne qui avait laissé prescrire son action en rescision, pût réclamer des dommages et intérêts. La prescription de l'action de l'article 1304 repose, a-t-on dit, sur l'idée d'une confirmation présumée; or, si la victime des manœuvres a confirmé le contrat, elle a aussi bien perdu le droit d'en réclamer la nullité, que celui de demander des dommages et intérêts. Si la confirmation avait été faite expressément en obéissant aux conditions exigées par l'article 1338, si elle avait été tacite, mais qu'elle eût résulté de l'exécution volontaire de l'obligation avec l'intention d'en réparer le vice, nous admettrions la conclusion.

Mais la loi ne nous dit pas que lorsqu'un délai de dix ans se sera écoulé, l'obligation annulable sera confirmée, mais que l'action en nullité ne pourra plus être intentée. Cette prescription repose, nous le reconnaissons, sur une idée de ratification, mais les présomptions sont de droit étroit et ne doivent pas être étendues à d'autres cas que ceux qui ont été littéralement prévus.

Ce raisonnement est juridique, et la théorie qu'il fortifie conduit en pratique à des résultats satisfaisants. L'action en dommages et intérêts et l'action en nullité

ne sont pas, en effet, assez intimement liées, pour que la renonciation à l'une, implique nécessairement la renonciation à l'autre. Si le délai de l'article 1304 a été réduit à dix ans, c'est dans l'intérêt de la sécurité du commerce, c'est par faveur pour les tiers; il n'y a aucun motif pour restreindre la durée de l'action en dommages et intérêts. Comment, d'ailleurs, comprendre que l'auteur des manœuvres puisse échapper à la réparation qu'il a assumée, en soutenant que le dol dont il est coupable a une gravité exceptionnelle? Comment supposer que les tribunaux puissent sanctionner d'aussi honteuses prétentions (1).

C. Alors même que le dol permet à la personne trompée d'intenter l'action en nullité, celle-ci peut, si elle le préfère, demander seulement des dommages et intérêts. La victime des manœuvres y aura avantage si, comme dans l'hypothèse précédente, l'action en nullité ne peut plus être intentée, ou si le contrat désavantageux à l'origine a tourné à son profit, si, par exemple, le débiteur de la créance qu'elle a cédée est devenu insolvable, si l'objet qu'elle a acquis en échange de sa prestation a augmenté de valeur.

D. Enfin, la victime du dol pourra demander des dom-

(1) M. Mestre Mel, *Thèse de doctorat*, 1876, n° 37, signale comme étant en opposition avec la théorie que nous adoptons, un arrêt de la Cour d'Aix, 23 déc. 1843, Devill., 44, 2. L'espèce était tout autre. La Cour d'Aix a décidé que l'acheteur qui n'a pas intenté, dans le délai légal, l'action pour vices rédhibitoires, est déchu par là même du droit de former une demande en indemnité en se fondant sur l'article 1382. Cette solution s'appuie sur ce que la loi de 1838 a supprimé l'action en réduction du prix, et que cette suppression serait sans effets si on admettait l'acheteur à invoquer l'article 1382. Nous n'admettrions pas cette théorie en cas de dol du vendeur.

mages et intérêts après avoir agi en nullité, si la rescision du contrat ne l'indemnise pas entièrement. Mais à l'inverse, il faut remarquer qu'après avoir obtenu des dommages et intérêts, elle ne pourrait pas réclamer la rescision du contrat, quel est le motif? En intentant l'action en dommages et intérêts, la personne trompée a demandé toute la réparation du préjudice qu'elle a éprouvé, les juges ont statué. Si elle réclamait, en outre, la rescision du contrat, elle formerait une seconde demande en réparation et l'autorité de la chose jugée lui serait opposable, car les conditions exigées par les textes seraient réunies : il y aurait *eadem quæstio*, c'est-à-dire *eadem res, eadem causa petendi*, et de plus *eadem conditio personarum*.

E. Nous avons dit précédemment que la victime du dol, qui avait le droit de demander la résolution du contrat, pouvait toujours, si elle préférait, agir en dommages et intérêts. Nous croyons cependant que cette règle comporte une exception. Lorsque la prescription trentenaire, fixée par l'article 2262, sera accomplie, la personne trompée, nous essaierons de le démontrer en étudiant l'action en nullité, pourra cependant réclamer la rescision du contrat, si elle se trouve dans les dix ans qui lui sont accordés par l'article 1304. Ce résultat est facile à comprendre ; le délai de dix ans de l'article 1304, ayant pour point de départ le jour de la découverte du dol, il suffit de supposer que les manœuvres n'ont été constatées par la personne qu'elles ont trompée, que plus de vingt ans après le contrat.

52. Nous avons jusqu'ici admis que les manœuvres par lesquelles une personne en avait déterminé une autre à contracter, ne constituaient pas un délit puni par la

loi pénale : le dol présentera fréquemment les caractères d'un fait illicite frappé de peines correctionnelles. C'est ainsi que l'usage de faux noms, de fausses qualités pour se faire remettre de l'argent ou pour obtenir une quittance, rentre dans le délit d'escroquerie (405 C. pénal).

Quelles conséquences doit on en tirer ?

1° L'action en dommages et intérêts pourra être poursuivie soit devant les tribunaux de répression, soit devant les tribunaux civils, mais dans ce dernier cas l'exercice en sera suspendu, tant qu'il n'aura pas été prononcé définitivement sur l'action publique (Art. 3 Inst. Cr.).

2° Lorsque les manœuvres constitueront un crime ou un délit, toutes les personnes condamnées pour ce fait seront tenues solidairement des dommages et intérêts (55 C. pénal). Si le dol n'a pas été visé par la loi pénale, la solidarité n'existera pas de plein droit (1202 C. C.) ; elle devra être prononcée par les tribunaux. Ceux-ci devront rechercher si la part de chacun des auteurs peut être déterminée ou si le fait peut être imputé en entier à chacun d'eux.

3° Lorsque la condamnation sera prononcée par les tribunaux de répression ou par les tribunaux civils, pour la réparation d'un délit, elle sera exécutoire par voie de contrainte par corps ; si le dol n'est pas un délit, la condamnation prononcée n'entraînera pas ce résultat (Loi 22 juillet 1867, art. 2, 5).

4° Si les manœuvres constituent un délit criminel, l'action en réparation se prescrira par le même temps que l'action publique, et ce laps de temps sera toujours inférieur à trente ans (637, 638, 640 Inst. crim.).

Cette règle était expressément formulée au code des délits et des peines du 3 brumaire an IV. « Après ce terme

nul ne peut être recherché soit au criminel, soit au civil, si dans l'intervalle il n'a pas été condamné par défaut ou contumace » (article 10) ⁽¹⁾ : elle résulte aujourd'hui du rapprochement des articles 2, 3, avec les articles que nous avons précédemment cités.

Il paraît étrange « que la durée de l'action soit en raison inverse de la gravité du fait dommageable ⁽²⁾ ; » le législateur a pensé qu'il serait scandaleux d'établir l'existence d'un crime ou d'un délit, au moment où les tribunaux de répression ne pourraient plus le frapper, il a cru qu'une telle impunité serait d'un exemple funeste.

Il ne faudrait pas cependant conclure des articles du Code d'instruction criminelle, que la victime d'un dol assez grave pour constituer un délit, est privée de tout moyen de recours après la prescription de l'action publique. Elle pourra agir même après ce délai, mais elle devra décrire le fait dont elle se plaint, de telle sorte qu'il n'ait pas les caractères d'un délit criminel. L'auteur des manœuvres ne serait pas reçu à prétendre qu'il s'est rendu coupable d'un véritable délit, on lui répondrait qu'il ne peut alléguer sa propre turpitude.

(1) Cité au Code Tripier sous l'article 637 Inst. crim.

(2) Demolombe, *Obligations*, t. VIII, n° 702.

SECTION II.

De l'action en nullité.

§ I. *De l'origine de cette action, de ses conditions d'exercice et de ses effets.*

SOMMAIRE.

- 53. Le dol n'entraîne jamais la nullité de plein droit du contrat qu'il a déterminé.
- 54. Nullité et annulabilité.
- 55. Des actions en nullité et en rescision dans l'ancien droit. De leurs différences.
- 56. L'action en rescision différerait profondément de l'*in integrum restitutio* romaine.
- 57. Les rédacteurs du Code civil ont confondu dans notre droit ces actions en une action unique.
- 58. A quelles conditions cette action pourra-t-elle être exercée?
- 59. Que faut-il entendre par le mot *convention* dans l'article 1304?
- 60. Effets de la nullité à l'égard des parties. 1° L'obligation déterminée par dol n'a pas été exécutée.
- 61. L'exception de nullité suspend-elle l'exécution de la convention?
- 62. 2° L'obligation a été exécutée.
- 63. Effets de la nullité à l'égard des tiers.
- 64. L'objet de l'obligation est un immeuble, est un meuble.

53. Le dol, nous avons eu maintes fois l'occasion de le dire, n'entraîne la nullité de plein droit du contrat qu'il a déterminé, que dans les hypothèses exceptionnelles où il a engendré une erreur destructive du consentement;

et dans ce cas même la nullité ne résulte pas du dol, mais de l'erreur, puisqu'on n'a pas à rechercher si cette erreur a été spontanée, ou si elle a eu pour origine des manœuvres. Malgré le dol, le contrat réunit les éléments nécessaires à son existence; la convention a donc pu se former.

Il y a consentement, nous l'avons démontré au point de vue théorique, car malgré les manœuvres, la personne trompée a voulu; le dol n'a pu agir sur sa volonté que comme motif en faisant naître dans son esprit la croyance à des qualités absentes, l'ignorance de défauts, dans l'objet de l'obligation de son adversaire. Le contrat est valable, mais le droit positif considère qu'il serait contraire à l'équité de laisser impuni un acte dangereux pour la société, préjudiciable à celui qu'il a visé, et il accorde à la victime des manœuvres tantôt le droit à une indemnité, tantôt la faculté de faire tomber la convention, qui a pour origine un dol.

Nous avons étudié dans le chapitre précédent l'action en dommages et intérêts, nous avons maintenant à rechercher la nature et les effets de l'action en nullité.

Notre Code civil a reconnu que le dol laisse le consentement intact. L'article 1109 est, en effet, ainsi conçu : « Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence, ou surpris par dol. » Comme le remarque judicieusement M. Demolombe ⁽¹⁾, le législateur suppose que malgré l'erreur, la violence, le dol, le consentement existe, *puisqu'il a été donné*. C'était d'ailleurs ce que Pothier, le guide habituel des rédacteurs du Code civil,

(1) *Obligations*, t. I, n° 77.

avait déjà reconnu : « Lorsqu'une partie a été engagée à contracter par le dol de l'autre, le contrat n'est pas absolument et essentiellement nul, parce qu'un consentement, quoique surpris, ne laisse pas d'être consentement (1). »

La convention s'étant formée, pourra être détruite si le dol qui l'a déterminée présente une certaine importance, c'est ce que constate l'article 1117 : « La convention contractée par erreur, violence ou dol, n'est point nulle de plein droit : elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision.... » L'existence même de l'action en nullité prouve d'une façon évidente que le contrat est valable, car on ne détruit que ce qui existe, ou comme l'a dit d'une façon pittoresque M. Demolombe (2) : « Il n'y a que les vivants qui meurent. » C'est donc avec raison que le législateur a énuméré, dans l'article 1234, l'action en nullité parmi les modes d'extinction des obligations, car, bien que dès son origine le contrat dolosif ait été entaché de nullité conditionnelle, c'est par l'accomplissement de la condition, c'est-à-dire par l'exercice de l'action en nullité que le contrat s'éteint.

54. Le contrat vicié par un dol principal est annulable (1116). Quelles différences peut-on signaler entre la nullité absolue et l'annulabilité? Un contrat nul est un pur fait qui n'est pas capable d'engendrer un droit; d'Argentré, dans son commentaire sur la coutume de Bretagne, le qualifie : « *Actus meri facti sine ullo juris effectum, ne nomine quidem contractus digni* » (3). » L'acte nul n'é-

(1) *Obligations*, n° 29. Pothier.

(2) *Obligations*, t. VI, n° 2.

(3) Voir Bédarride, *Traité du dol*, t. I, p. 268.

tant qu'une apparence, il ne sera donc pas nécessaire d'en faire prononcer la nullité par les tribunaux, les intéressés, comme l'a très-bien dit M. Demante, « pourront agir et procéder pour l'exercice de leurs droits précisément comme si cet acte n'existait pas, et seront toujours à temps, si on leur oppose l'acte, de repousser l'usage qu'on en voudrait faire contre eux en prouvant la nullité (1). » Le contrat ne s'étant pas formé, il n'est pas susceptible de ratification, il ne peut devenir valable par l'écoulement d'un délai; son inexistence peut être alléguée par toute personne qui y a intérêt, enfin la question de savoir s'il doit être exécuté provisoirement ne se pose pas.

L'acte annulable existe, mais son efficacité est susceptible d'être paralysée par un droit de nature contraire; ce droit n'appartient qu'à ceux que la loi a voulu protéger; il a une existence propre. Il disparaîtra quand l'obligation primitive aura été ratifiée expressément ou tacitement (1338), il pourra s'éteindre par prescription (1304), enfin on pourra l'invoquer contre l'exécution de l'obligation à laquelle il est opposable, mais il n'en empêchera pas le plus souvent l'exécution provisoire, car, comme le disait Duparc-Poullain : « Tout acte qui n'est pas radicalement nul, suivant les lois du royaume, c'est-à-dire dont la nullité n'est pas prononcée par les lois, subsiste, notwithstanding l'action rescisoire, jusqu'à ce qu'elle soit jugée définitivement et sans appel. La provision est pour le titre, il doit avoir son exécution jusqu'après la sentence définitive. L'équité et le point de droit se réunissent au maintien de cette vérité (2). »

(1) *Cours analytique de Code civil*, t. V, n° 262.

(2) *Principes du droit*, t. VIII, p. 75.

55. Le contrat déterminé par un dol principal est annulable, nous ne reviendrons pas ici sur le fondement de cette action en annulation, à notre avis le dol constitue la violation d'une obligation contractuelle; si le dol est incident comme l'obligation d'être de bonne foi est une obligation accessoire, la victime des manœuvres n'aura droit qu'à des dommages et intérêts; si le dol est principal, la personne trompée pourra, en vertu de la condition résolutoire sous-entendue dans tout contrat synallagmatique (1184), opter pour la dissolution du contrat ou son maintien, et dans les deux cas elle pourra demander en outre des dommages et intérêts, comme indemnité du préjudice qu'elle a éprouvé. Il est logique que le dol produise non pas la nullité mais l'annulabilité de l'obligation, ce n'est que l'application de la règle posée dans l'article 1184. « La résolution doit être demandée en justice. »

On ne comprendrait pas en effet que la partie qui a violé son engagement pût se faire un titre de sa mauvaise foi. De même que dans la vente, le pacte commissaire ne peut être invoqué par l'acheteur; ainsi dans tous les contrats l'obligation réciproque de s'abstenir de tout dol, ne pourra être alléguée comme cause de rescision par celui-là même qui a manqué à ses promesses.

La destruction du contrat sera poursuivie par une action en nullité ou en rescision (1117, 1304); la loi donne encore à cette action le nom de restitution (1115, 1306). Ces expressions sont-elles synonymes? Dans notre ancien droit on distinguait avec soin ces deux sortes d'actions; elles différaient en effet par leur origine, par leur procédure, par la durée de la prescription à laquelle elles étaient soumises. L'action en nullité s'appuyait sur les

coutumes ou sur les ordonnances royales; c'est au moyen de cette action qu'on demandait la nullité de l'obligation contractée par la femme sans l'autorisation de son mari (1). L'action en rescision avait pour origine le droit romain; elle était applicable en cas de dol, de violence, de lésion. L'action en nullité se prescrivait en général par trente ans, l'action en rescision par dix ans. Mais la différence la plus intéressante qui existait entre les actions en nullité et les actions en rescision, résultait de la procédure que l'on employait pour les mettre en mouvement. Tandis que les actions en nullité étaient portées directement devant les tribunaux, les actions en rescision ne pouvaient être intentées que si on avait obtenu préalablement des lettres de rescision, délivrées par les chancelleries des parlements : ces lettres étaient accordées sans connaissance de cause. Domat nous signale cette nécessité : « Il faut remarquer sur cette matière des rescisions et restitutions en général, que par notre usage les *voies de nullité n'ont pas de lieu*, c'est-à-dire qu'on ne fait pas annuler un acte où l'on ait été partie, en alléguant simplement les moyens qui le rendent nul, mais qu'il faut obtenir des lettres du prince pour les rescisions et restitutions en entier (2). » Quels sont les motifs qui firent introduire cette règle? Coquille nous répond : « Mais je crois que l'introduction de tel droit est fondée sur ce que les remèdes des restitutions dépendent du droit civil des Romains, qui n'a force de loi en France, et pour autoriser et faire valoir l'allégation qui s'en faist, on a recours à la chancellerie du Roi pour obtenir

(1) Pothier, *Traité de la procédure civile*, partie V, ch. iv, art. 1.

(2) Domat, *Loix civiles*, t. I, liv. IV, tit. 6, sect. 1.

lettres. Car, en France nous n'observons pas les loys romaines pour vraies loys, mais pour ce qui y est ⁽¹⁾. »

L'explication de Coquille a été vivement critiquée; les règles du droit romain étaient en effet appliquées à cette époque par les tribunaux, sans qu'ils eussent besoin d'obtenir des lettres de chancellerie. M. Demolombe ⁽²⁾ a signalé les véritables causes de cette formalité; les praticiens l'établirent dans un but fiscal, pour procurer des ressources au trésor, mais surtout pour agrandir le pouvoir du roi et affaiblir la puissance féodale, en la frappant dans un de ses droits les plus exorbitants, les justices seigneuriales. Ce dernier effet est signalé par Argou : « Parmi nous, il n'y a que le Roi qui puisse accorder la restitution en entier, ce qui se fait par des lettres de chancellerie, qu'on appelle lettres de rescision; on les accorde sans connaissance de cause et c'est aux juges à qui elles sont adressées à examiner si la cause est juste, et si elle est véritable; c'est pourquoi les juges des seigneurs ne peuvent jamais connaître des restitutions en entier, parce que les lettres de chancellerie sont toujours adressées à des juges royaux ⁽³⁾. »

56. Quelques auteurs, frappés par certaines analogies extérieures, ont vu dans la rescision de notre ancien droit, la reproduction de l'*in integrum restitutio*, que nous avons trouvée dans la législation romaine. Le roi, a-t-on dit, a succédé aux pouvoirs du préteur. Pothier lui-même a fait cette comparaison : « Par le droit romain, le Magistrat pouvoit, pour justes causes de sa seule auto-

(1) Coquille, *Inst. coutum.*, 7 et 8.

(2) *Contrats*, t. VI, n^{os} 5-8.

(3) Argou, *Institution au droit français*, t. II, ch. xiv, pag. 479.

rité, restituer les parties contre les actes qu'elles avoient passés; parmi nous, il faut avoir recours à l'autorité du Prince, et obtenir des lettres qu'on appelle de Rescision ⁽¹⁾. » Les auteurs, comme on a pu le voir par les citations que nous avons faites, employaient indifféremment dans les mêmes hypothèses les mots de *rescision* ou de *restitution* en entier. Ces deux institutions différaient cependant profondément l'une de l'autre. Tandis que le prêteur n'accordait l'*in integrum restitutio* que dans les hypothèses exceptionnelles où l'application du droit eût amené des résultats iniques, et, après un examen approfondi de l'affaire qui lui était soumise, les lettres de rescision étaient délivrées, sans connaissance de cause, dans le cas même où, en droit romain, la personne lésée trouvait dans la législation un moyen d'attaque ou de défense, c'est-à-dire alors qu'elle était protégée par l'exception de dol ou par l'action du contrat. En résumé, l'*in integrum restitutio* fut une des institutions les plus intéressantes du droit romain, elle exerça une heureuse influence sur ses progrès; la nécessité d'obtenir des lettres de rescision fut une règle de procédure qui, utile par ses résultats, ne pouvait être expliquée rationnellement. La loi du 7 mars 1790 supprima l'usage des lettres de chancellerie, et décida que les actions en rescision s'intenteraient de la même manière que les actions en nullité.

53. Les rédacteurs du Code civil ont-ils entendu distinguer l'action en nullité de l'action en rescision? Nous ne le pensons pas. Ces deux actions sont en effet soumises aux mêmes règles, quant à leur durée, quant à leur forme, quant aux fins de non-recevoir qui peuvent leur être

(1) Pothier, *Traité de la procédure civile*, V^e partie, ch. iv, art. 2.

opposées; pourquoi aurait-on maintenu une différence dans leur appellation, différence qui pouvait s'expliquer autrefois par leur origine mais qui n'a plus de raison d'être maintenant que leur autorité a la même base, le Code de 1804 ⁽¹⁾?

Ces deux expressions sont aujourd'hui synonymes; pour s'en convaincre, il suffit de lire les articles du Code. L'article 1117 nous dit que la convention entachée de dol, d'erreur, de violence n'est pas nulle de plein droit, « qu'elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision. » La rubrique de la section où se trouve l'article 1304, est ainsi conçue : *De l'action en nullité ou en rescision* et non pas *des actions en nullité et en rescision*. Enfin les articles 887 et 892 nous signalent certaines hypothèses, où le dol et la violence donnent naissance à une action en rescision.

MM. Aubry et Rau ⁽²⁾, bien qu'ils aient été obligés de reconnaître que le Code avait employé indifféremment les termes de nullité, de rescision, de restitution en entier, lorsqu'il s'agissait de dol, d'erreur ou de violence, ont cependant soutenu que ces actions devaient être distinguées. Lorsque le vice qui donne naissance à l'annulabilité sera la lésion, l'action en rescision sera accordée; si le vice est autre, ce sera l'action en nullité. Cette distinction est admise par le Code qui ne se sert jamais du mot *nullité* lorsqu'une obligation est entachée de lésion (1305, 1306, 1313, 1674); elle résulte de la nature des choses : « L'action en nullité est la voie juridique par laquelle on demande l'anéantissement d'une obligation qui ne réunit

(1) Demolombe, *Contrats*, t. VI, n° 26.

(2) T. IV, 4^e édit., page 247.

pas toutes les conditions requises pour sa validité, c'est-à-dire toutes les conditions exigées à peine de nullité littérale ou virtuelle. L'action en rescision est, dans le sens propre du mot, la voie juridique par laquelle on demande la rétractation d'une obligation valable en elle-même, mais par suite de laquelle on a éprouvé quelque lésion ⁽¹⁾. »

De cette différence dans le fondement des deux actions, MM. Aubry et Rau ont tiré plusieurs conséquences.

1° La personne qui intente une action en nullité, doit prouver que les conditions exigées par la loi pour la validité de l'obligation, ne sont pas réunies. Lorsqu'elle exercera l'action en rescision, elle devra seulement démontrer la lésion.

2° L'action en rescision peut être arrêtée par l'offre d'une indemnité qui fait disparaître la lésion; cette faculté n'existerait pas dans l'action en nullité.

3° Enfin une action en nullité contre une convention ne pourrait être transformée en appel en action en rescision et inversement.

Nous ne croyons pas devoir nous rattacher à cette théorie, elle a en effet le grave inconvénient d'être entièrement nouvelle. Elle n'est pas conforme à la terminologie adoptée par le Code, car pour l'établir, il ne suffit pas de démontrer que le Code emploie exclusivement les mots rescision, restitution, quand la demande en rétractation est fondée sur une lésion, il faudrait en outre qu'il n'appliquât jamais ces expressions quand l'action a pour origine une autre cause : or, nous avons vu qu'il parle indifféremment d'action en nullité ou en rescision, en cas de dol, d'erreur, de violence (1117, 1304, 887, 892).

(1) *Loc. cit.*,

On dit que l'action en nullité est intentée contre une obligation ne réunissant pas toutes les conditions nécessaires à sa validité, tandis que l'action en rescision est accordée contre une obligation valable, mais produisant des conséquences dommageables. Est-ce bien exact? La lésion dans les circonstances exceptionnelles où elle permet d'attaquer une convention, est, comme le dit fort bien M. Demolombe, « une cause de rescision, parce qu'elle révèle au législateur un consentement vicié ⁽¹⁾. » Et c'est ce qu'admet le Code civil : « La lésion ne *vicie* les conventions que dans certains cas et à l'égard de certaines personnes (1118). »

Quant aux conséquences que MM. Aubry et Rau tirent de leur théorie, nous les repoussons toutes, sauf la première. La personne qui se plaint d'une lésion devra prouver la lésion, celle qui allègue un dol devra prouver le dol, mais qu'en peut-on conclure? sinon qu'on doit prouver les faits sur lesquels on s'appuie.

L'action en rescision ne disparaîtra pas malgré l'offre d'une indemnité pécuniaire. La faculté de faire cette offre est reconnue par la loi dans les articles 891 et 1681, en matière de partage et de vente, mais il nous paraît téméraire d'étendre ce droit aux personnes qui ont fait des conventions avec des mineurs. La différence de solutions s'explique, car tandis que la capacité des majeurs est la règle, pour les mineurs, la règle est au contraire l'incapacité de s'obliger. Enfin cette manière de voir est confirmée par la rédaction des articles 1305 et 1313; tandis que le premier article est absolu, le second, en posant le principe, semble nous indiquer les dérogations que les articles 891 et 1681 y apporteront.

(1) *Contrats*, t. VI, n° 38.

Nous croyons encore que la demande en nullité, peut être transformée en appel, en demande en rescision, et réciproquement, car le dol ou la lésion ne constituent à notre avis que des moyens différents et non pas deux prétentions distinctes.

58. L'action en nullité ou en rescision pourra être intentée contre un contrat surpris par des manœuvres, mais à quelles conditions l'exercice de cette action est-il subordonné? Nous avons étudié, dans la première partie de ce travail, quels caractères le dol devait présenter pour engendrer, au profit de la personne trompée, le droit à une réparation. Il faut, nous l'avons vu, que le dol émane de celui à qui l'on oppose, qu'il ait causé un préjudice à la personne qui s'en plaint, il faut enfin que la victime des manœuvres n'ait elle-même aucun artifice à se reprocher.

Ces conditions sont-elles nécessaires, sont-elles suffisantes pour donner naissance à l'action en nullité?

Elles ne sont pas nécessaires, car nous ne croyons pas que la victime du dol ait ici autre chose à démontrer que le dol et l'erreur qu'il a causée; elle ne sera pas obligée de prouver que le contrat lui est préjudiciable. L'article 1352 nous dit en effet : « Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque sur le fondement de cette présomption, elle annule certains actes, ou dénie l'action en justice. » Or, l'article 1116 fait du dol une cause de nullité, lorsqu'il est tel que sans les manœuvres qui le constituent, l'autre partie n'aurait pas contracté; nulle preuve ne sera donc admise contre la présomption de lésion, sur le fondement de laquelle la loi annule l'acte ⁽¹⁾.

(1) Demolombe, *Obligations*, t. VI, n° 32.

Les conditions que nous avons énumérées pour que le dol donne droit à des dommages et intérêts ne sont pas suffisantes pour qu'il permette de demander la rescision du contrat : il faudra en outre que le dol soit principal. Nous avons étudié la distinction du dol en principal et incident, nous n'avons pas à revenir sur cette théorie.

59. L'action en nullité peut être intentée contre une convention qui a été viciée par un dol, mais que devons-nous entendre par convention? Cette expression n'embrasse-t-elle que les contrats, ou doit-on admettre qu'elle s'applique à tout acte volontaire, qui peut créer ou détruire un lien de droit?

Bien que l'on ait soutenu, en s'appuyant sur le texte de l'article 1304, que l'action en nullité avec les règles qui lui sont propres, n'était pas accordée contre une acceptation ou une répudiation de succession, contre une quittance ou un paiement, si ces actes avaient pour cause un dol, nous croyons cependant que l'action de l'article 1304, peut faire tomber tous les actes juridiques volontaires. Les raisons-d'ordre public qui ont fait introduire cette action et la prescription spéciale à laquelle elle est soumise, militent avec d'autant d'énergie que l'acte soit un contrat ou un fait juridique quelconque.

L'ancien droit n'a d'ailleurs jamais distingué; l'action pouvait être exercée pour « toutes rescissions de contrats, distracts, ou autres actes quelconques ⁽¹⁾. » Les rédacteurs du Code civil n'avaient aucune raison de modifier cette théorie, ils ne l'ont pas fait et ce qui le prouve c'est qu'ils ont employé les mots *convention*, *acte*, qui ont un sens large. Comment d'ailleurs expliquer, ainsi que le

(1) Ordonnance 1510, article 46.

fait remarquer M. Demolombe, « que le législateur ait cru devoir, dans l'article 1310, excepter de l'article 1304 les obligations résultant des délits ou des quasi-délits, si l'article 1304, dans sa pensée, n'avait été applicable qu'aux obligations conventionnelles proprement dites ⁽¹⁾? »

L'action en nullité peut être exercée contre tous les actes juridiques volontaires, si ces actes ont été déterminés par un dol, mais cette action sera quelquefois soumise à des règles spéciales quant à son admissibilité, c'est ce que nous avons constaté pour les acceptations et les renonciations de succession ou de communauté. (783, 1455).

60. Quels sont les effets de la nullité prononcée? La loi ne contient aucun article sur ce sujet et on en est réduit, pour résoudre les questions qui se posent, à employer des arguments d'analogie.

La rescision pourra être opposée à deux catégories de personnes, d'abord aux parties contractantes, puis aux tiers, c'est-à-dire aux personnes qui n'étant pas tenues des obligations de leur auteur, ont acquis un droit réel sur l'objet de l'obligation, dont la nullité est prononcée, Nous étudierons successivement les effets de la rescision, par rapport à ces deux catégories de personnes.

L'obligation annulable est valable; lorsque le juge en prononce la nullité, il l'anéantit, et cet anéantissement se produit avec un effet rétroactif. Le fait d'user de dol pour déterminer une personne à contracter, constitue en effet, nous l'avons admis, l'inexécution de l'obligation contractuelle d'être de bonne foi; la personne trompée peut donc en se fondant sur l'article 1184, réclamer la résolution du contrat et se prévaloir ainsi de la condition

(1) Demolombe, *Obligations*, t. VI, n° 48.

résolutoire sous-entendue dans tout contrat synallagmatique.

La condition résolutoire s'accomplissant, le contrat est censé ne s'être jamais formé : les choses sont remises au même état que si l'obligation n'avait pas existé (1183).

Nos anciens auteurs, qui assimilaient la rescision à l'*in integrum restitutio* romaine, admettaient que, comme l'*in integrum restitutio*, elle avait pour effet de détruire l'acte de telle manière qu'on admettait qu'il ne s'était jamais produit. Pothier nous dit en effet : « Par l'entérinement des lettres de rescision, l'acte est rescindé, et les parties sont remises au même état qu'elles étaient auparavant : d'où il suit qu'elles sont libérées des engagements qu'elles ont contractés par cet acte et même sont censées ne les avoir jamais contractés; elles rentrent dans la propriété des choses qu'elles ont aliénées par cet acte, et même elles sont censées ne les avoir jamais aliénées (1). »

Lorsqu'un acte juridique a été déterminé par dol, deux situations peuvent se présenter, l'acte a été exécuté ou il ne l'a pas été. Dans cette dernière hypothèse, la victime des manœuvres peut attendre les poursuites de son adversaire, et leur opposer l'exception de dol pour obtenir l'annulation de son obligation; elle peut, si elle le préfère, agir directement par l'action en nullité de l'article 1304. La personne trompée obtiendra ainsi d'être libérée de l'engagement qu'elle a contracté; si cependant son obligation était une obligation de donner et que l'objet de cette obligation fût un corps certain, la propriété ayant passé sur la tête du stipulant par la seule

(1) *Traité de procédure civile*, partie V, ch. iv; article 2; p. 7, page 321.

convention, l'action en nullité sous forme d'action ou d'exception lui retransférerait la propriété avec effet rétroactif.

61. Lorsque l'action en nullité fondée sur le dol est opposée à la demande en exécution de l'obligation contractée, cette action aura-t-elle un effet suspensif, ou la convention devra-t-elle être exécutée provisoirement? Si les tribunaux sont saisis de la demande en exécution, ils statueront en même temps sur la demande reconventionnelle en annulation.

Mais si le créancier a un titre exécutoire, la question est fort délicate. Elle revient à se demander si les tribunaux peuvent surseoir à l'exécution d'un titre revêtu de la formule exécutoire.

Nous admettons l'affirmative en nous appuyant sur l'article 1244; cet article reconnaît que les juges peuvent surseoir à l'exécution des poursuites, il vise donc l'hypothèse d'un titre exécutoire. C'est en vain qu'on opposerait à cette solution l'article 122 du Code de procédure; cet article ne signifie qu'une chose, c'est qu'un délai de grâce ne peut être accordé quand le titre exécutoire est un jugement rendu (1).

On peut invoquer dans le sens du système, d'après lequel il n'est pas de l'essence des titres exécutoires de devoir être exécutés malgré toute contestation, l'article 1319 du Code civil, qui donne aux juges la faculté de suspendre l'exécution d'un titre authentique, en cas d'inscription de faux faite incidemment.

(1) C'est également en disant que l'article 2212 vise le cas où un jugement a été rendu qu'on fait tomber l'argument *a contrario* qui pourrait être tiré de cet article.

62. Si nous supposons que la convention entachée de dol a été exécutée, l'annulation prononcée par le juge en détruira rétroactivement les effets. C'est ce que nous dit encore Pothier : « Les parties doivent se restituer réciproquement ce qu'elles ont reçu l'une de l'autre en vertu de cet acte; les choses doivent se restituer avec les fruits qui ont dû être perçus et les sommes avec les intérêts. Quelquefois néanmoins, selon les circonstances, le juge peut compenser les fruits des choses, que l'une des parties doit rendre avec les intérêts des sommes que doit rendre l'autre partie (1). » L'article 1682 qui, dans les cas de rescision d'une vente pour lésion, établit une compensation complète entre les intérêts et les fruits, ne nous semble pas applicable dans l'hypothèse que nous examinons. La loi, bien que la vente soit entachée de lésion, considère l'acheteur comme de bonne foi, c'est pour ce motif qu'elle lui impose seulement, à dater du jour où l'action est intentée, l'obligation de payer les intérêts du supplément du prix ou de rendre les fruits perçus. L'auteur d'un dol principal devait, au contraire, compter sur la punition de sa mauvaise foi, la compensation, qui lui serait avantageuse, car sa prestation a une valeur inférieure à celle qu'il a reçue, ne lui sera pas accordée. Le juge pourra seulement compenser les intérêts et la valeur des fruits jusqu'à concurrence de la plus faible des deux sommes.

63. La nullité prononcée sera-t-elle opposable aux tiers? Nous avons vu en droit romain qu'il fallait distinguer entre les sous-acquéreurs à titre gratuit et les sous-acquéreurs à titre onéreux. Ce système mixte, qui répon-

(1) Pothier, *loc. cit.*

dait à certaines considérations d'utilité pratique, n'a plus aujourd'hui de fondement dans notre droit, et nous croyons qu'il faut reconnaître que dans toutes circonstances, le dol principal qui a vicié une translation de propriété, peut être invoqué contre celui qui a entre les mains, l'objet du contrat.

Cette solution n'est pas en contradiction avec la théorie que nous avons admise, théorie d'après laquelle, la rescision pour cause de dol n'a pas pour fondement un vice du consentement mais un préjudice dont il est dû réparation. Mais comment comprendre que des ayant-cause à titre particulier puissent être poursuivis à l'occasion d'une obligation en dommages et intérêts? Sans doute « les obligations conventionnelles ne doivent pas peser sur les ayant-cause à titre particulier, comme l'a fait remarquer M. Colmet de Santerre (1), et cependant un acheteur pourrait par convention, soumettre son droit à une cause de résolution opposable à ses ayant-cause particuliers. Comment la loi ne pourrait-elle pas ce que peut la convention...? » Le législateur n'a fait qu'appliquer dans cette hypothèse les principes généraux de notre droit, il a considéré que le fait d'employer des manœuvres frauduleuses pour déterminer une personne à contracter, constituait la violation d'un engagement tacite, un manquement à la promesse de *purgari dolo malo*. La partie envers qui on a usé de dol, pourra invoquer l'article 1184 et demander la résolution du contrat. Cette résolution ayant lieu en vertu d'une condition résolutoire sera opposable à tous, car *nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet*.

(1) *Cours analytique de Code civil*, t. V, n° 27 bis III.

Si nous laissons d'ailleurs de côté pour un instant, le fondement de l'action en nullité, et que nous consultations les textes, que voyons-nous? L'article 1116 nous dit que le dol est une cause de nullité de la convention, et l'article 1117 que la convention contractée par erreur, violence ou dol, donne lieu à une action en nullité ou en rescision. Or, d'après l'article 2125, celui qui a un droit sujet à rescision ne peut consentir qu'une hypothèque soumise à la même rescision : il en est certainement de même pour l'aliénation. Ce résultat on l'admet sans difficultés pour l'erreur et la violence, comment peut-on le contester pour le dol en présence des textes qui sont identiques?

Enfin, l'article 1117 donne à la victime du dol un droit de préférence sur tous les autres créanciers, car il permet l'annulation du contrat. Son droit est donc réel, il est donc opposable aux sous-acquéreurs (1).

L'annulation pourra être opposée aux sous-acquéreurs, car dit M. Bédarride, « malgré son titre apparent, l'auteur du dol vend la chose qui ne lui appartient pas..... Celui qui acquiert achète réellement *a non domino* (2). » Mais ces sous-acquéreurs ne sont pas représentés par leur auteur quand il défend à l'action en rescision; pour que le jugement puisse être invoqué contre eux, il faut qu'ils aient été mis en cause.

Si l'objet du contrat est un immeuble et que le jugement qui ordonne la rescision soit exécutoire contre les tiers détenteurs, la règle ne souffre aucune difficulté. La bonne foi des détenteurs n'est cependant pas à négli-

(1) Demolombe, *Obligations*, t. I, n° 190.

(2) *Traité du dol*, t. I, n° 277.

ger, car elle produira à leur profit d'importantes conséquences. C'est ainsi qu'ils pourront prescrire par dix ou vingt ans (2265), qu'ils ne seront pas obligés de restituer les fruits perçus avant la demande en rescision (549), qu'ils obtiendront le remboursement des dépenses utiles et nécessaires (1635) qu'ils auront faites pour la conservation ou l'amélioration de la chose.

Si l'objet du contrat est un meuble, les principes que nous avons posés subiront une atteinte qui résulte de l'article 2279 : *en fait de meubles possession vaut titre*. Cette règle ne s'applique pas aux meubles incorporels, aux universalités de meubles, aux meubles acquis de mauvaise foi : le dol qui vicierait l'aliénation des meubles de cette nature serait donc opposable aux sous-acquéreurs.

Si le meuble aliéné est un meuble corporel, que le sous-acquéreur soit de bonne foi, ce sous-acquéreur n'aura à craindre la revendication qu'en cas de perte ou de vol. M. Chardon (1) a soutenu qu'on devait assimiler le dol au vol, et permettre la revendication pendant trois ans d'un meuble, dont l'aliénation avait été déterminée par des manœuvres frauduleuses. Cette opinion ne doit pas être adoptée ; il y a, en effet, une différence capitale entre ces deux délits ; le dol implique une remise volontaire, le vol un enlèvement contre le gré du propriétaire. Cette théorie a été admise par la Cour de cassation dans une espèce où il y avait escroquerie ; elle n'autorisa pas la revendication : « Attendu que le vol ne peut être confondu avec l'escroquerie, vu qu'en fait d'escroquerie l'individu a suivi la foi de celui qui l'a trompé, et qu'il

(1) *Du dol*, t. I, n° 41.

lui a donné par la vente qu'il lui a faite, un titre indépendamment de la possession; qu'il n'en est pas de même de la chose volée à l'égard de laquelle il n'y a eu ni vente, ni remise volontaire, et qui, au contraire, a été prise par une voie de fait quelconque (1). »

§ II. *Des fins de non-recevoir qui peuvent lui être opposées.*

SOMMAIRE.

- 65. Confirmation. Elle peut être expresse ou tacite.
- 66. Questions de preuve.
- 67. La ratification peut résulter de l'expiration d'un délai de dix ans, art. 1304.
- 68. Ce laps de temps est-il un délai préfix ou un délai de prescription?
- 69. La nullité qui ne peut être invoquée que pendant dix ans sous forme d'action, peut toujours l'être par voie d'exception.
- 70. La règle posée dans l'article 2262 est inapplicable à la prescription de l'article 1304.

65. Le dol principal fait naître au profit de la victime des manœuvres un droit de nature contraire; ce droit est lui-même susceptible de disparaître, l'obligation primitive reprend alors toute sa force. Ce sont ces procédés d'extinction de l'action en nullité, ces fins de non-recevoir que nous allons brièvement étudier.

La ratification est la renonciation de la personne trompée au droit qu'elle avait d'invoquer la nullité. Pour que la ratification soit possible, il est nécessaire que le vice ait cessé d'exister au moment où la confirmation

(1) Cassation, 20 mai 1835, cité *Bédarride, Traité du dol*, n° 292.

se réalise, autrement la confirmation serait elle-même viciée (1304, p. 2; 1338, p. 2).

La confirmation peut être expresse ou tacite. L'article 1338 indique les conditions auxquelles est subordonnée la ratification expresse. L'acte devra contenir la substance de l'obligation confirmée, la mention du motif de l'action en rescision, l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est fondée.

La ratification tacite résulte de l'exécution volontaire de la convention, après l'époque où elle pouvait être valablement confirmée. Il faut donc que la personne qui renonce à se prévaloir de l'action en nullité ait, comme dans le cas de confirmation expresse, connu le vice de l'obligation, et qu'elle ait eu l'intention de le réparer. La présomption de la loi est fort sage, car on ne comprendrait pas qu'une personne exécutât volontairement un acte qu'elle sait être rescindable, si elle n'entendait pas renoncer à se plaindre de la nullité. Cette présomption existe quand la volonté de ratifier est manifeste; cette volonté pourrait résulter d'une exécution partielle. De même, l'aliénation d'un objet dont l'acquisition a pour cause un contrat vicié par un dol, impliquera la renonciation à se prévaloir de la nullité du contrat, si cette aliénation a été faite après la découverte du dol. L'article 892 a appliqué ces principes en matière de partage.

66. La question que nous examinons a soulevé une controverse intéressante; le créancier, c'est-à-dire celui qui profite de la confirmation, doit-il seulement prouver l'exécution quand l'action en nullité sera intentée contre lui, ou sera-t-il obligé de démontrer en outre que cette exécution remplit les conditions exigées par l'article 1338?

Toullier et Merlin ont soutenu que le créancier n'avait

qu'à prouver l'exécution, car on doit présumer que celui qui exécute un acte le connaît; si le débiteur a été dans l'erreur qu'il le prouve, l'erreur ne se présume pas.

Nous ne croyons pas cette théorie conforme aux textes. L'exécution est une fin de non-recevoir mais non pas l'exécution pure et simple, mais l'exécution remplissant les conditions de l'article 1338, c'est-à-dire l'exécution volontaire, faite après l'époque où l'obligation pouvait être confirmée. Celui qui l'invoque, c'est-à-dire le créancier, doit en prouver l'existence; il doit démontrer en outre qu'elle présente les caractères exigés par la loi.

L'article 1338 *in fine* nous dit que la ratification expresse ou tacite emporte renonciation aux moyens qu'on pouvait opposer à l'acte vicié sans préjudice du droit des tiers. C'est ainsi que si une aliénation a été déterminée par un dol, qu'une seconde aliénation ait été faite, la victime des manœuvres ne pourrait pas, par une ratification de la première aliénation, faire tomber la seconde. La question est plus délicate quand l'existence du second contrat n'est pas incancellable avec le maintien du premier. Supposons par exemple deux constitutions d'hypothèques; la première est annulable, sa ratification a-t-elle pour effet de lui donner rang avant la seconde? Il y a ici une question d'intention à apprécier, et nous croyons qu'il faut rechercher si celui qui a obtenu la seconde hypothèque a dû réellement compter sur le premier rang ⁽¹⁾.

67. Une seconde fin de non-recevoir contre l'action en nullité résulte de l'expiration du délai de dix ans. L'article 1304 est en effet ainsi conçu : « Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision n'est pas limitée

(1) Colmet de Santerre, n° 311 *bis*, II, t. V.

à un moindre temps, par une loi particulière, cette action dure dix ans. » Ce délai avait été fixé par les ordonnances de Louis XII de juin 1510, et de François I^{er}, d'octobre 1535. Les motifs qui firent introduire ce temps plus court sont ainsi indiqués dans l'article 46 de l'ordonnance de 1510 : « Et afin que les domaines et propriétés des choses ne soient incertaines et sans sûreté ès-mains des possesseurs d'icelles, et que la preuve des parties ne périclite ou soit rendue difficile par le laps de temps, ès-cas ci-après déclarés, nous avons ordonné et ordonnons que toutes rescissions de contrats, distracts ou d'autres actes quelconques, fondés sur dol, fraude, circonvention, crainte, violence ou déception d'outre moitié du juste prix se prescriront d'orresnavant, tant dans nos pays coutumiers que de droit écrit, par le laps de dix ans continus à compter du jour que lesdits contrats, distracts ou autres actes auront été faits et que la cause de crainte, violence ou autre cause légitime, empêchant de droit ou de fait la poursuite desdites rescissions, cessera..... »

L'article 1304 a fixé pour cette prescription le même point de départ : « Ce temps ne court, dans le cas de violence, que du jour où elle a cessé; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts. » Le législateur a vu, dans l'expiration du délai de dix ans, une ratification tacite de la part du débiteur. En effet, ce délai ne commence à courir que du jour où la ratification est devenue possible; l'article 1115 dit expressément que le débiteur qui a laissé passer le temps de la restitution a approuvé le contrat (1).

(1) Dans le même sens, art. 39, loi 30 juin 1838.

68. Nous avons tranché en donnant à ce délai de dix ans le nom de prescription une question controversée. Certains auteurs ont, en effet, soutenu qu'il n'y avait pas là une prescription soumise aux règles générales du Code, c'est-à-dire susceptible de suspension et d'interruption, mais un délai préfix analogue à celui qui est accordé pour exercer le réméré, délai dont l'expiration entraînait déchéance. Nous croyons que l'article 1304 contient une règle de prescription. Nous en tirons cette conséquence, que si un mineur ou un interdit succède à la personne qui avait l'action en nullité pour dol, la prescription sera suspendue. L'interruption de la prescription se produira moins fréquemment, mais elle n'est cependant pas impossible; on peut, par exemple, supposer une citation en justice donnée devant un juge incompetent (2246).

L'article 1304 vise une hypothèse de prescription. Les précédents sont dans ce sens. L'ordonnance que nous avons citée dit en effet : « Toutes rescissions..... *se prescrivent* par le laps de dix ans continuels...; » et Thévenot expliquait le mot en disant que « les jours de fête ne sont ôtés, ni le temps d'absence ou vacation ⁽¹⁾. »

Pourquoi le législateur aurait-il innové? L'article 1304 n'emploie pas, il est vrai, le mot de prescription, mais l'institution qu'il établit, rentre dans la définition de l'article 2219, l'expiration du délai libère l'auteur du dol.

C'est en vain qu'on allègue contre cette théorie, les articles 2264 et 1676. Ceux qui invoquent l'article 2264 se mettent en contradiction avec eux-mêmes, car cet

(1) Demolombe, *Obligations*, t. VI, n° 134. Nous ne faisons ici que résumer la démonstration du savant jurisconsulte.

article parle non pas de déchéances mais de prescription. Quant à l'article 1676, qui décide que le délai de deux ans pendant lequel il est possible de poursuivre la rescision de la vente d'immeubles pour lésion, court contre les mineurs, il peut être invoqué non pas comme objection mais comme argument en faveur de notre système.

L'article 1304 ne parle pas d'une de ces courtes prescriptions dont il est question dans l'article 2278, mais d'une prescription véritable (1).

69. L'action en nullité dure dix ans à partir du jour de la découverte du dol. La question ne présente pas de difficultés quand la nullité est opposée sous forme d'action.

Mais que doit-on décider si l'obligation viciée n'ayant pas été exécutée, l'auteur du dol en demande l'exécution plus de dix ans après la découverte du dol, mais moins de trente ans après la formation du contrat?

L'exception de nullité est-elle perpétuelle et devons-nous admettre comme en droit romain la fameuse maxime : *Quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*?

Après de sérieuses hésitations, nous croyons devoir nous rattacher à l'affirmative.

Le système d'après lequel l'exception est perpétuelle, était en effet adopté par la majorité des auteurs dans notre ancien droit. L'ordonnance de 1539 avait dérogé à cette règle pour les actions en rescision fondées sur la minorité, mais cette disposition exceptionnelle dont Dumoulin avait proclamé l'injustice, tomba paraît-il en désuétude.

(1) Colmet de Santerre, t. V, n° 265 bis V.

Les rédacteurs du Code fixent la durée de la prescription de l'action, ils se taisent sur la durée de l'exception ; aucun article ne la limite, elle est donc perpétuelle.

En vain soutiendrait-on que l'expiration du délai de dix ans équivaut à une approbation de l'acte invoqué, et que cette approbation doit produire ses effets, soit que la victime du dol attaque soit qu'elle se défende.

Il y a entre ces deux situations une différence capitale. Quand la victime du dol a exécuté son obligation, elle a perdu la jouissance de sa chose ; si elle se tait, il est logique d'admettre qu'elle ratifie. La prescription, comme l'a dit M. Demolombe : « c'est la consécration par le temps d'un état de choses qui a duré un certain nombre d'années (1). » Mais ne serait-il pas contraire aux principes, de décider que la prescription a pour résultat de détruire un état de fait ? Cette solution ne serait-elle pas en opposition avec les nécessités de la pratique (2) ?

30. L'action en nullité se prescrit par dix ans à dater du jour où le dol a été découvert. Mais cette prescription spéciale fait-elle obstacle à l'application de l'article 2262 ? En d'autres termes, si l'acte vicié par un dol a été passé il y a plus de trente ans, l'action en nullité peut-elle être exercée, si la constatation du dol par la personne trompée, remonte à moins de dix ans ? Nous admettons encore ici l'affirmative avec M. Demolombe. L'article 2264 est ainsi conçu : « Les règles de la prescription sur d'autres objets que ceux qui sont mentionnés dans le présent titre, sont expliquées dans les titres qui leur sont propres. » Cet

(1) T. VI, n° 437.

(2) Voir en sens contraire, Colmet de Santerre, t. V, 265 bis VI, VII, VIII.

article sainement interprété, signifie que toutes les fois que dans un titre spécial on pose une règle dérogeant aux principes généraux qui régissent la matière de la prescription, cette règle doit prévaloir. L'article 1304 déroge à l'article 2262, non-seulement quant à la durée de la prescription, mais encore quant à son point de départ; l'article 2262 n'est donc pas applicable.

La prescription de l'article 1304 repose, nous avons essayé de le démontrer, sur une présomption de ratification de la part de la personne dont le consentement a été surpris. Comment concevoir qu'une ratification tacite puisse être présumée à une époque où une ratification expresse ne serait pas possible?

Pour que le vice qui entache le contrat puisse disparaître, il est nécessaire que la victime du dol l'ait connu; comme le disait Bigot-Préameneu : « Il faut, pour que le délai dans lequel l'action doit être formée commence, qu'il ait été possible de l'intenter. »

Pendant toute la période où la victime des manœuvres est dans l'ignorance, il y a une véritable imprescriptibilité, la cause de rescision, comme le disait encore Bigot-Préameneu : « renouvelle et confirme le droit de se pourvoir, et le délai ne serait pas de dix ans s'il commençait plus tôt (1). »

M. Valette a combattu avec beaucoup de verve la théorie opposée en montrant les conséquences inadmissibles auxquelles elle aboutissait : c'est ainsi que si l'on suppose qu'une femme mariée a fait une convention sans autorisation de son mari ni de justice, et que le ma-

(1) Demolombe, *Obligations*, t. VI, nos 164, 165; Larombière, t. IV, sur l'article 1304, n° 29.

riage ait été dissous plus de trente ans après, la convention serait valable! Nous n'avons rien de mieux à faire pour résumer la discussion que de citer ce passage de M. Valette auquel nous acquiesçons complètement : « Nous ne pouvons trop le répéter, jamais le laps de temps n'a rendu valables les contrats nuls et effacé le droit d'en demander la nullité. En d'autres termes, nul n'acquiert par prescription la validité d'un contrat, comme il acquierrait la propriété d'un bien ou la libération d'une dette (1). »

(1) Dev. 54, 2, p. 49-51. Consultation de MM. Valette, Duranton et Demante.

POSITIONS.

DROIT ROMAIN.

I. Le dol peut résulter d'une abstention ou d'une réticence.

II. Un impubère *doli capax* est responsable du dol qu'il a commis, alors même que la réparation du dommage qu'il a causé serait poursuivie par une action *rei persecutoria*.

III. L'*in integrum restitutio* est le premier procédé général de répression imaginé contre le dol.

IV. Même dans les contrats de droit strict, la justification de l'exception de dol peut avoir pour effet d'amener une diminution dans la condamnation.

V. L'action *de dolo* n'était pas exclue par la possibilité d'obtenir l'*in integrum restitutio propter dolum*.

VI. Un contrat de bonne foi déterminé par un dol même principal n'est pas nul.

VII. La distinction du dol en principal et incident, a été imaginée par les commentateurs.

DROIT CIVIL.

I. Le droit de demander, en cas de dol de l'une des parties, la rescision du contrat ou des dommages et intérêts, a pour fondement la violation de l'obligation contractuelle d'être de bonne foi. L'action en nullité est une application de la règle contenue dans l'article 1184.

II. La nullité du contrat est opposable aux successeurs à titre particulier de l'auteur du dol.

III. La victime des manœuvres a toujours le choix si le dol est principal, de demander la rescision du contrat ou des dommages et intérêts.

IV. L'action en nullité se prescrit par dix ans tandis que l'action en dommages et intérêts se prescrit par trente ans.

V. Lorsqu'une simulation constitue une fraude à la loi, elle peut être établie par tous moyens par les parties contractantes.

VI. Sous forme d'exception le droit à la rescision est imprescriptible.

VII. L'action en nullité pourra être intentée alors même que plus de trente ans se sont écoulés depuis le moment où le contrat a été passé, si le dol a été découvert depuis moins de dix ans.

DROIT INTERNATIONAL.

I. Un vaisseau de guerre ne peut faire la prise d'un navire ennemi dans les eaux territoriales d'un État neutre.

II. Bien que les ports et rades soient compris dans le

domaine public de l'État (538 C. civ.), on ne les considère pas à tous égards comme parties du territoire français.

DROIT CRIMINEL.

I. L'action civile en dommages et intérêts, qui peut naître d'un délit, est soumise à une prescription de même durée que l'action publique.

II. Lorsqu'un délit implique l'existence d'un contrat dénié, les tribunaux criminels devront se conformer aux principes du droit civil par la constatation de la convention.

SCIENCE FINANCIÈRE.

I. L'élévation du taux de l'escompte est le moyen le plus efficace de prévenir les dangers d'une crise monétaire.

II. L'Act de Robert Peel qui fixe pour la banque d'Angleterre, un maximum au chiffre des billets qui peuvent être émis sans contre-partie métallique, augmente l'intensité d'une crise.

Vu par le Président de la thèse,

GÉRARDIN.

Vu par le Doyen,

CH. BEUDANT.

Vu et permis d'imprimer.

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES.

DROIT ROMAIN.

PREMIÈRE PARTIE.

Du dol d'après les jurisconsultes.

	Pages.
<i>Section I.</i> Qu'est-ce que le dol?.....	3
<i>Section II.</i> A quelles conditions le dol tombe-t-il sous le coup de la loi?.....	45

DEUXIÈME PARTIE.

Du dol dans la formation des contrats.

CHAPITRE I. — Influence du dol sur la volonté.....	35
CHAPITRE II. — Du dol dans les contrats de droit strict.....	55
<i>Section I.</i> De l' <i>in integrum restitutio propter dolum</i>	55
<i>Section II.</i> Dol du stipulant.....	67
§ 1. Le contrat n'a pas été exécuté.....	67
§ 2. Le contrat a été exécuté.....	83
<i>Section III.</i> Dol du promettant.....	95
§ 1. <i>Cautio de dolo</i>	95
§ 2. <i>Action de dolo</i>	104
CHAPITRE III. — Du dol dans les contrats de bonne foi.....	125
<i>Section I.</i> Par quels procédés le dol était-il puni?.....	125
<i>Section II.</i> Des effets du dol dans les contrats de bonne foi..	139
§ 1.....	139
§ 2.....	160

DROIT FRANÇAIS.

	Pages.
PRÉFACE.....	179

PREMIÈRE PARTIE.

De la notion de dol en droit français.

<i>Section I.</i> Des hypothèses où le dol peut se produire.....	183
<i>Section II.</i> Conditions auxquelles le dol est frappé par la loi..	194

DEUXIÈME PARTIE.

Du dol dans les contrats.

CHAPITRE I. — De l'influence que le dol exerce sur leur formation.....	207
CHAPITRE II. — Règles sur la preuve du dol.....	234
CHAPITRE III. — Des moyens de réparation du préjudice que le dol a causé.....	248
<i>Section I.</i> De l'action en dommages et intérêts.....	248
<i>Section II.</i> De l'action en nullité.....	268
§ 1. De l'origine de cette action, de ses conditions d'exercice, de ses effets.....	268
§ 2. Des fins de non-recevoir qui peuvent lui être opposées.	288

LIBRAIRIE L. LAROSE ET FORCEL

22, RUE SOUFFLOT, PARIS

OUVRAGES DE DROIT

SCIENCES, ARTS, LITTÉRATURE, ETC.

NEUFS ET D'OCCASION

DAR-LE-DUC, IMPRIMERIE CONTANT-LAGUERRE.